DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO

CONSELHO EDITORIAL



Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia
André Luís Vieira Elói
Antonino Manuel de Almeida Pereira
António Miguel Simões Caceiro
Bruno Camilloto Arantes
Bruno de Almeida Oliveira
Bruno Valverde Chahaira
Catarina Raposo Dias Carneiro
Christiane Costa Assis
Cíntia Borges Ferreira Leal
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Helena Maria Ferreira
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
José Carlos Trinca Zanetti
Jose Luiz Quadros de Magalhaes
Josiel de Alencar Guedes
Juvencio Borges Silva
Konradin Metze
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis
Ligia Barroso Fabri
Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Marcelo Campos Galuppo
Marcos André Moura Dias
Marcos Antonio Tedeschi
Marcos Pereira dos Santos
Marcos Vinício Chein Feres
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral
Marilene Gomes Durães
Mateus de Moura Ferreira
Milena de Cássia Rocha
Mortimer N. S. Sellers
Nígela Rodrigues Carvalho
Paula Ferreira Franco
Pilar Coutinho
Rafael Alem Mello Ferreira
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia
Rayane Araújo
Regilson Maciel Borges
Régis Willyan da Silva Andrade
Renata Furtado de Barros
Renildo Rossi Junior
Rita de Cássia Padula Alves Vieira
Robson Jorge de Araújo
Rogério Luiz Nery da Silva
Romeu Paulo Martins Silva
Ronaldo de Oliveira Batista
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO

VOLUME II



GETÚLIO NASCIMENTO BRAGA JÚNIOR
LARISSA CLARE POCHMANN DA SILVA
MARCELO MACHADO COSTA LIMA
MATHEUS VIDAL GOMES MONTEIRO

DIALÉTICA
EDITORA

Universidade Federal Fluminense

PROEX
PRO-REITORIA DE EXTENSÃO

ICHS
Instituto de Ciências Humanas e Sociais

Grupo de Estudos em
Jurisdição, Constituição e Processo

SOCEDIR

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

Copyright © 2022 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2022 by Matheus Vidal Gomes Monteiro, Getúlio Nascimento Braga Júnior, Larissa Clare Pochmann da Silva, Marcelo Machado Costa Lima (Orgs.)

DIALÉTICA
EDITORA

/editoradialetica
@editoradialetica
www.editoradialetica.com

EQUIPE EDITORIAL

Editores-chefes
Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

Designer Responsável
Daniela Malacco

Produtora Editorial
Júlia Noffs

Controle de Qualidade
Maria Laura Rosa

Capa
Isabella Carvalho

Diagramação
Isabella Carvalho

Preparação de Texto
Lucas Ben
Suzana Itano

Revisão
Responsabilidade do autor

Assistentes Editoriais
Jean Farias
Letícia Machado
Ludmila Vieira

Estagiárias
Georgia Oliveira
Larissa Teixeira
Laís Silva Cordeiro



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D442p Desafios e perspectivas do Direito Processual Civil Contemporâneo - Volume 2 / organização Matheus Vidal Gomes Monteiro, Getúlio Nascimento Braga Júnior, Larissa Clare Pochmann da Silva, Marcelo Machado Costa Lima. – São Paulo : Editora Dialética, 2022.
892 p.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-252-1940-0

1. Direito Processual Civil. 2. Jurisdição. 3. Constituição e Processo. I. Organizadores. II. Título.

CDD 347
CDU 347.9

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB -1/3150

ORGANIZADORES:

GETÚLIO NASCIMENTO BRAGA JÚNIOR
LARISSA CLARE POCHMANN DA SILVA
MARCELO MACHADO COSTA LIMA
MATHEUS VIDAL GOMES MONTEIRO

DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO

VOLUME II

Universidade Federal Fluminense

PROEX
PRÓ-REITORIA DE EXTENSÃO

Este livro é fruto do resultado das pesquisas da II JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, ação apoiada pelo Programa de Bolsas de Extensão 2020, Pró-Reitoria de Extensão/Universidade Federal Fluminense.

DADOS DO EVENTO

COMITÊ CIENTÍFICO

Prof. Dr. Adriano Moura da Fonseca Pinto, Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro/RJ)

Prof. Dr. Fernando de Oliveira Pontes, Universidade Candido Mendes (Rio de Janeiro/RJ), Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro/RJ), Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro/RJ), IBMEC (Rio de Janeiro/RJ) e Instituto Tecnológico de Aeronáutica (São José dos Campos/SP)

Prof. Dr. Getúlio Nascimento Braga Júnior, Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro/RJ) e IBMEC (Rio de Janeiro/RJ)

Profa. Dra. Larissa Clare Pochmann da Silva, Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro/RJ)

Prof. Dr. Marcelo Machado Costa Lima, Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro/RJ) e IBMEC (Rio de Janeiro/RJ)

Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida, Universidade Federal Fluminense (UFF – Niterói/RJ), Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro/RJ), Universidade Candido Mendes (Rio de Janeiro/RJ), Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro/RJ) e Universidade Católica de Petrópolis (Petrópolis/RJ)

Profa. Dra. Mariana de Freitas Rasga, Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro/RJ) e Universidade Veiga de Almeida (Rio de Janeiro/RJ)

Prof. Dr. Matheus Vidal Gomes Monteiro, Universidade Federal Fluminense (UFF – Volta Redonda/RJ)

Prof. Dr. Quintino Lopes Castro Tavares, Universidade Federal Fluminense (UFF – Volta Redonda/RJ)

APOIO

Grupo de Estudos em Jurisdição, Constituição e Processo (UFF) – Prof. Dr. Matheus Gomes Monteiro

Grupo de Pesquisa A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento (IBMEC-RJ) - Prof. Dr. Getúlio Nascimento Braga Júnior e Prof. Dr. Marcelo Machado Costa Lima

Grupo de Pesquisa Tendências do Direito Processual Civil: jurisprudência e precedentes (UNESA-RJ) - Profa. Dra. Larissa Clare Pochmann da Silva

Observatório de Mediação e Arbitragem (PPGD/UNESA) - Prof. Dr. Adriano Moura da Fonseca Pinto e Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Grupo de Estudo e Pesquisa em Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (UFF) - Profa. Dra. Renata Braga Klevenhusen











ORGANIZADORES DA OBRA

Getúlio Nascimento Braga Júnior
Doutor em Filosofia pelo Programa de Filosofia de da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGF/UFRJ. Bacharel em Direito pela Universidade Gama Filho. Líder dos Grupos de pesquisa A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e desenvolvimento no Centro Universitário Ibmec e do Grupo Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissional da Universidade Candido Mendes, ambos cadastrados nos DGPs-CNPq. Professor de Filosofia do Direito da Universidade Candido Mendes (UCAM), Universidade Estácio de Sá (UNESA) e Centro Universitário Ibmec IBMEC).

Larissa Clare Pochmann da Silva
Pós-Doutora em Direito Processual pela UERJ. Doutora e Mestre pela UNESA. Coordenadora do Curso de Direito da UNESA Recreio e Professora da UNESA. Advogada.

Marcelo Machado Costa Lima
Pós-doutorando em Direito Constitucional-Econômico pela Università degli Studi "G.D 'Annunzio" Chieti-Pescara. Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor do PPGD UNESA/RJ. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário IBMEC-RJ e Universidade Estácio de Sá - RJ. Pesquisador do grupo de pesquisa A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimentos (SOCEDIR-IBMEC/RJ).

Matheus Vidal Gomes Monteiro
Doutor em Direito (UNESA). Mestre em Direito (UNISA). Professor da Universidade Federal Fluminense (UFF/VR). Líder do Grupo de Estudos em Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP).

APRESENTAÇÃO

A II Jornada de Direito Processual Civil (II-JDPC-2020), diferentemente de sua primeira edição, que ocorreu presencialmente na Universidade Federal Fluminense – Instituto de Ciências Humanas e Sociais (ICHS), no Município de Volta Redonda – RJ, durante o mês de novembro de 2019, em virtude da pandemia da COVID-19 realizou-se de modo integralmente online.

E tal formato, que num primeiro instante nos proporcionou momentos de dúvidas, a partir do desenvolvimento da II-JDPC-2020 demonstrou-se de importante sucesso, principalmente pela ampliação da participação no evento agora oriunda de diversos Estados brasileiros.

Trata-se, portanto, de profunda mudança no âmbito destas Jornadas de Direito Processual Civil e que diante de seus benefícios parece ter conquistado seu lugar daqui em diante.

Tratou-se, assim como em sua primeira edição, de evento proposto pelo Grupo de Estudos em Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP-UFF). Tendo a importante participação dos seguintes Grupos de Pesquisa: A Sociedade Civil, e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento (GRUPO IBMEC-RJ), liderado pelos Professores Dr. Getúlio Nascimento Braga Júnior e Dr. Marcelo Machado Costa Lima; Tendências do Direito Processual Civil: jurisprudência e precedentes (UNESA-RJ), liderado pela Profa. Dra. Larissa Clare Pochmann da Silva; Observatório de Mediação e Arbitragem (PPGD/UNESA), liderado pelos professores Prof. Dr. Adriano Moura da Fonseca Pinto e Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, e o Grupo de Estudo e Pesquisa em Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (UFF), liderado pela Profa. Dra. Renata Braga Klevenhusen.

Registramos, também, que além de diversos membros dos grupos apoiadores, participaram diretamente da organização do evento as discentes Gabriela Rangel Bondezan e Natália de Barros Loio Miguel, vinculadas ao GEJCP.

O produto da II-JDPC, para a concretização dos objetivos de difusão de todo o conhecimento científico produzido foi voltado para:

(i) Publicação de Resumos Expandidos em Anais e (ii) Publicação de E-book contendo os Artigos Completos enviados após a apresentação dos trabalhos.

Assim, no presente livro poderão ser encontrados os diversos capítulos que condensam os resultados das investigações científicas dos pesquisadores participantes do evento, após seleção dos trabalhos submetidos na forma de resumos expandidos. E tais produções encontram-se distribuídas ao longo dos 10 (dez) Grupos de Trabalho da II- JDPC:

N.	TÍTULO	COORDENADOR(A)/AVALIADOR(A)
1	Acesso à Justiça e Efetividade do Processo no Estado Constitucional	Prof. Dr. Getúlio Nascimento Braga Júnior (Coord./Aval.)
2	Meios Adequados de Solução de Conflitos	Profa. Dra. Renata Braga Klevenhusen (UFF-VR)
3	Normas Fundamentais do Processo Civil	Prof. Dr. Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA)
4	Aspectos procedimentais do Direito Processual Civil	Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida (UFF/EMERJ/UCAM/UNESA/UCP)
5	Processos nos Tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais	Prof. Dr. Quintino Lopes Castro Tavares (UFF-VR)
6	Tutela Satisfativa e Sistema de Justiça e Inovações Tecnológicas	Prof. Dr. Matheus Vidal Gomes Monteiro (UFF-VR)
7	Solução coletiva de conflitos	Profa. Dra. Larissa Clare Pochmann da Silva (UNESA)
8	Aspectos processuais no controle de constitucionalidade	Prof. Dr. Marcelo Machado Costa Lima (IBMEC-RJ/UNESA)
9	Direito Processual Civil Internacional	Prof. Dr. Fernando de Oliveira Pontes (UCAM/UNESA/FGV-RJ/IBMEC- RJ/ITA-SP)
10	Processo Internacional de Diretos Humanos	Prof. Dra. Mariana de Freitas Rasga (UNESA/UVA)

É a partir de tais considerações iniciais que podemos afirmar que, no ano de 2020, buscamos com a II-JDPC continuar a tradição para a promoção do debate de qualidade e contínua reflexão de questões contemporâneas do universo jurídico iniciada no ano de 2019 com a I-JDPC, ampliada com muito sucesso a partir da experiência da modalidade online.

Por fim, é de extrema importância registrarmos o apoio da Universidade Federal Fluminense, principalmente através de sua Pró-Reitoria de Extensão, por se tratar de evento apoiado pelo Programa de Bolsas de Extensão 2020, e do Instituto de Ciências Humanas e Sociais (ICHS) pelo auxílio na utilização da infraestrutura necessária.

Volta Redonda, 15 de agosto de 2021.

Comissão Organizadora da II JORNADA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

DOCENTES

Prof. Dr. Getúlio Nascimento Braga Júnior
Profa. Dra. Larissa Clare Pochmann da Silva
Prof. Dr. Marcelo Machado Costa Lima
Prof. Dr. Matheus Vidal Gomes Monteiro

DISCENTES

Gabriela Rangel Bondezan (UFF-VR)
Natália de Barros Loio Miguel (UFF-VR)
Bianca Barbosa Ayres da Silva (UFF-VR)

PREFÁCIO

É com um grande prazer, como professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense e da Universidade Estácio de Sá, que venho trazer minhas palavras a este prefácio do E-book composto dos artigos completos da II Jornada de Direito Processual Civil, organizada pela Universidade Federal Fluminense – Instituto de Ciências Humanas e Sociais (ICHS– VR) e pelo Grupo de Estudos em Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP), vinculado à UFF-ICHS-VDI, sob a orientação do Prof. Dr. Matheus Vidal Gomes Monteiro, líder do GEJCP, e, apoiado pela seguinte comissão organizadora: Grupo de Estudos em Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP-UFF), liderado pelo Prof. Dr. Matheus Gomes Monteiro; A Sociedade Civil, e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento (GRUPO IBMEC-RJ), liderado pelos Professores Dr. Getúlio Nascimento Braga Júnior e Dr. Marcelo Machado Costa Lima; Tendências do Direito Processual Civil: jurisprudência e precedentes (UNESA-RJ), liderado pela Profa. Dra. Larissa Clare Pochmann da Silva; Observatório de Mediação e Arbitragem (PPGD/UNESA), liderado pelo Prof. Dr. Adriano Moura da Fonseca Pinto e Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho; Grupo de Estudo e Pesquisa em Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (UFF), liderado pela Profa. Dra. Renata Braga Klevenhusen.

Meu lugar foi muito privilegiado, pois na condição de convidado a escrever este prefácio, pude ver em primeira mão o texto e, por fim, ser um dos seus primeiros leitores.

Penso que os prefácios são um tipo textual que tem como objetivos principais se dirigir diretamente aos leitores do texto, bem como seduzi-los ao importante caminho que vão percorrer pelas instigantes palavras e pelas problemáticas das pesquisas.

Por estas razões, lhes digo, trata-se de obra coletiva, fruto de pesquisas com perspectivas interdisciplinar e multidisciplinar, prestando-se a obra de consulta para a graduação e para a pós-graduação, sobre Direito Processual, mais especificamente nas temáticas: Acesso à Justiça, Hermenêutica e Decisão; Meios Adequados de Solução de Conflitos; Normas Fundamentais do Processo Civil; Aspectos procedimentais do Direito

Processual Civil; Processos Tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais; Tutela Satisfativa e Sistema de Justiça e Inovações Tecnológicas; Solução coletiva de conflitos; Aspectos processuais no controle de constitucionalidade; Direito Processual Civil Internacional; e, Processo Internacional de Diretos Humano.

Tenho certeza de que gostarão muito da leitura!

Inverno de 2021.

Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho

Professor da Faculdade de Direito - DCJ/UFF.
Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - UNESA. Pesquisador do INCT-InEAC - Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos.

SUMÁRIO

RECURSOS EXCEPCIONAIS E MEIOS AUTÔNOMOS DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS: REFLEXÕES SOBRE SUAS NOVAS FUNÇÕES NO MODELO DE PRECEDENTES JUDICIAIS DO CPC/2015 **25**
CATHARINA, Alexandre de Castro

ACESSO À JUSTIÇA DIGITAL E PERSPECTIVAS PARA O BRASIL **49**
BRAGANÇA, Fernanda

REFLEXÕES SOBRE A ATIVIDADE JURISDICIONAL FRENTE À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS **65**
VENEZIA, Daniele Ramos

NOTAS SOBRE A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS **81**
MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes

A HERMENÊUTICA DO PERÍODO PÓS-METODOLÓGICO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL **101**
LIMA, Marcelo Machado Costa
BRAGA JÚNIOR, Getúlio Nascimento

CHATBOT DE SUPORTE À DECISÃO JUDICIAL BEM FUNDAMENTADA **121**
POLETTO, Álerton Emanuel
MORAIS, Fausto Santo de

O SISTEMA DE CONSENSUALIDADE APLICADO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO PROFICIENTE MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA **139**
KLEVENHUSEN, Renata Braga
MIRANDA, Giovanna Campbell Vieira
PEREIRA, Giselle Steinhagen Souza

PROTAGONISMO JUDICIAL, PRECEDENTES E PESSOALIDADE NAS DECISÕES **157**
SMARZARO, Andressa Borges
CASTILHOS, Ian Fernandes de

ACESSO À JUSTIÇA NO PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO: UMA ANÁLISE SOBRE A REPETIBILIDADE DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA **189**
RODRIGUES, Isabela Costa
JACON, Ana Carolina
MARTINS, Carlo Moraes

PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO CIVIL POR DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO DO JULGADOR: CONFRONTAÇÃO ENTRE SUA FUNÇÃO DE DESTINATÁRIO DA PROVA E A INFLUÊNCIA DE SEU ATIVISMO PROBATÓRIO NO JULGAMENTO DO MÉRITO **207**
PINTO, João Paulo de Jesus
SILVA, Eduardo Moraes Lameu

OS QUATRO ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UM BALANÇO SOBRE O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA **227**
SILVA, Larissa Clare Pochmann
BARBOSA, Amanda de Fatima de Oliveira

A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL NO COMBATE ÀS QUEIMADAS NO PANTANAL E NO AMAZONAS **245**
OLIVEIRA, Luíza Cristinne de Guimarães
RAPOSO, Mirassol Maria Garcia
CARLI, Ana Alice De

A CONCRETIZAÇÃO DO SISTEMA DE CONSENSUALIDADE COMO POLÍTICA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: O ESTUDO DA OFERTA DO SERVIÇO DE TRATAMENTO PRÉ- PROCESSUAL ONLINE DE CONFLITOS NO PERÍODO DA COVID-19 **265**
CAETANO, Matheus dos Santos
IRINEU, Ana Carolina Chagas
KLEVENHUSEN, Renata Braga

ANÁLISE DA AÇÃO POPULAR (PETIÇÃO 3388 – CASO RAPOSA SERRA DO SOL) A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO **285**
GUSMÃO, Ana Gabriela Correia de Souza
NOGUEIRA, Juliana Emanuela Delfino
MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes

A RELAÇÃO DOS SOFTWARES ANAYLTICS E JURIMETRIA COM A PRÁTICA DA ADVOCACIA NO PAÍS **303**
SEIXAS, Marcus Wagner de
BAPTISTA, Rodrigo Chaves

A INEFETIVIDADE DA IMPOSIÇÃO DE ASTREINTE E A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DE MEIOS ALTERNATIVOS À SATISFAÇÃO DA TUTELA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER OU NÃO FAZER **321**
ARAÚJO, Natália de Souza e Mello

UMA ANÁLISE DAS ASSINATURAS E CONTRATOS ELETRÔNICOS E A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA DA SOCIEDADE BRASILEIRA **341**
DO CABO, Álvaro Vicente Graça Truppel Pereira
FILHO, Marcelo Rodrigues Coutinho
SILVA, Gabriel Pereira da

O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA COMO POSSÍVEL INSTITUTO PREVENTIVO DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL **359**
RASGA, Mariana de Freitas
GÓES, Guilherme Sandoval
FARIAS, Everson Batista
RIBEIRO, Yasmim Cristini dos Santos

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UM ESTUDO DA ADPF Nº 347 E A TUTELA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS **377**
AJOUZ, Igor
PINHEIRO, Laiza Alves de Carvalho
HERNANDES, Cíntia Carneiro

O PROCESSO DE DENÚNCIA DE TRATADO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS: PRERROGATIVA UNILATERAL DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA? **395**
RASGA, Mariana de Freitas
SILVA, Arthur Lannes
COSTA, Marcelo Armando Carvalho Fonseca

OS NÚCLEOS DE PRÁTICA JURÍDICA (NPJS) E A ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA NO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA-RJ: OBSERVAÇÕES SOBRE AS SUAS LOCALIZAÇÕES **413**
BONDEZAN, Gabriela Rangel
MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: GARANTIA DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO? **433**
FONTES, Raquel
TEIXEIRA PARAÍSO, Victor Hugo
GUERRA DE MORAES, Carlos Eduardo

ARBITRAGEM E DIREITO DO TRABALHO: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A SOLUÇÃO COLETIVA DE CONFLITOS NO ÂMBITO TRABALHISTA PÓS LEI Nº 13.467/2017 **449**
BONDEZAN, Gabriela Rangel
SILVA, Carlos Henrique de Paula
CASTRO, Carla Appollinario de

A AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO DE FAMÍLIA: A OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO COMO MEIO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS **469**
BONDEZAN, Gabriela Rangel
OLIVEIRA, Gabriela Camargo de
CHACHÉ, Cristiane Borborema

RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE NA ERA VIRTUAL **489**
BOQUIMPANI DE CASTRO, Sarah
BRAGA JÚNIOR, Getúlio Nascimento

OS RECURSOS NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS: PREJUÍZO OU NECESSIDADE AO ACESSO À JUSTIÇA? **507**
VARELLA, Paulo Erlich
MOREIRA, Cesar Motta

A EXPANSÃO DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E AS IMPLICAÇÕES À EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA **525**
SABBAD, Jamile
PAUMGARTTEN, Michele

OS 10 ANOS DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL: O QUE MUDOU? **541**
FONTES, Raquel
PAUMGARTTEN, Michele

A EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM FACE DO ACESSO À JUSTIÇA DOS INDIVÍDUOS HIPOSSUFICIENTES **557**
SILVA, Phâmella Paula
LIMA, Sabrina Pontes
LIMA, Rafael José Abreu

AS FERRAMENTAS VIRTUAIS E O ACESSO À JUSTIÇA: ALGUMAS PONDERAÇÕES SOBRE OS DESAFIOS E OPORTUNIDADES A PARTIR DA INCIDÊNCIA DA COVID-19 **575**
LIMA, Marcelo M. C.
ARAÚJO, Nicolle M.

O MANDADO DE SEGURANÇA DE NÚMERO 370997 E A INTERVENÇÃO DO STF EM NOMEAÇÕES DO PODER EXECUTIVO: O CASO DA NOMEAÇÃO DE ALEXANDRE RAMAGEM RODRIGUES **593**
LIMA, Marcelo Machado Costa
SANTOS, Kerolin Bezerra dos
PONTES, Maria Clara Dutra

UMA LEITURA MIDIÁTICA DO "DEVIDO PROCESSO LEGAL" **611**
BARBOSA, Diego Rodrigues
MOARES, Carlos Eduardo Guerra de

IMPECUNIOSIDADE NA ARBITRAGEM: OS EFEITOS DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS NA INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL **629**
VASCONCELLOS, Thaís Freire de
CAETANO, Matheus dos Santos
IRINEU, Ana Carolina Chagas
IACOMINI, Vanessa

A MIGRAÇÃO DE IDEIAS CONSTITUCIONAIS NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA **647**
SOARES, Milton Delgado
BRAGA JÚNIOR, Getúlio N.
CABREIRA, Thiago da S.

O NEOCONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E ACESSO À JUSTIÇA **663**
VINHOSA, Gabriel Peixoto
NETTO, Antonio Fernandes de Oliveira

DIREITO, VALOR E HERMENÊUTICA: O PRECEDENTE PARA ALÉM DE UMA TÉCNICA DO JULGAR **683**
FILARDI, Felice Valentino Gaio
HERCULANO, Antonio Diogo Oliveira
SANTOS, Diogo Luiz Teixeira dos
SILVA, Gabriel Pereira da

SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA E O ACESSO AO PODER: O INSTITUTO DA CLASS ACTION NO BRASIL E AS REAIS INSTÂNCIAS DE CONTROLE SOCIAL **701**
SANTOS, Diogo Luiz Teixeira dos
HERCULANO, Antonio Diogo Oliveira
SILVA, Gabriel Pereira da
FILARDI, Felice Valentino Gaio

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO CPC **719**
LINHARES, Liane Isoldi

***LAWFARE* E A DECISÃO JUDICIAL: SINTOMAS DE UMA TEORIA DA DECISÃO DEFICITÁRIA E AS GARANTIAS PROCESSUAIS** **735**
PRADO, Rodrigo Ferreira
PONTES, Fernando de Oliveira

O NEOCONSTITUCIONALISMO É PÓS-POSITIVISTA? UMA ANÁLISE DOS PROBLEMAS QUE AINDA CIRCUNDAM AS DECISÕES JUDICIAIS NA CONTEMPORANEIDADE **753**
MEDEIROS, Gabriela Silva
LIMA, Mariana Caitano Polegario
SILVA, Delmo Mattos da

SENTENÇAS MANIPULATIVAS DE EFEITOS ADITIVOS: UMA PERSPECTIVA ANALÍTICA A PARTIR DO STF **769**
LAMEIRO, Vinícius Silva do
LIMA, Marcelo Machado Costa
FARIAS, Natália Vasconcellos de Oliveira

A CRISE NA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL SATISFATIVA: DO BACENJUD AO SISBAJUD **789**
BARROS, Felipe Pires Lopes de
LEITE, Marina Duque Moura
OLIVEIRA, Giovanna Paula de

DIÁLOGO JURISDICIONAL: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE INTERAMERICANO **805**
RASGA, Mariana de Freitas
FEITOSA, Anna Laura
MACENA, Matheus Bogdan
SANTOS, Luís Victor Rangel Domingos dos

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO À LUZ DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE NA REMESSA NECESSÁRIA **821**
AGUIAR, Lúcio Frota Pestana de
CANIVELLO, Maria Das Graças Cabral

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO FORMA DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS **839**
BESSA, Ana Carolina
MOTTA, Cesar

ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL ACERCA DA I MPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA **857**
MIGUEL, Natália de Barros Loio
MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes

PRECEDENTE COMO DIÁLOGO **873**
NASCHENWENG, Marcelo Elias

RECURSOS EXCEPCIONAIS E MEIOS AUTÔNOMOS DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS: REFLEXÕES SOBRE SUAS NOVAS FUNÇÕES NO MODELO DE PRECEDENTES JUDICIAIS DO CPC/2015

CATHARINA, Alexandre de Castro[1]

1 Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Estácio de Sá. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Está cio de Sá. Advogado. E-mail: alexandre.catharina@hotmail.com.br. Coordenador do Observatório de Cultura Jurídica Processual e Democratização do Processo da Universidade Estácio de Sá, Campus Nova América, RJ.

RESUMO

O trabalho tem como escopo analisar a dinâmica dos precedentes judiciais e a função contemporânea dos recursos excepcionais e das ações autônomas de impugnação de decisões judiciais disposta no Código de Processo Civil de 2015. A forte ênfase dada pelo código à jurisprudência uniformizadora e a vinculação dos precedentes judiciais enseja a reflexão sobre as formas de controle da atividade judicial em sua aplicação. Neste contexto, se faz necessário uma releitura das ações autônomas de impugnação, como ação rescisória e a reclamação, não somente como forma de impugnar decisões, em seu sentido tradicional, mas também como meio adequado para o controle na aplicação do sistema vinculativo de precedentes judiciais em todos os graus de jurisdição. O trabalho tem, portanto, como principal escopo, analisar normativamente a função contemporânea atribuída às formas de controle de decisões judiciais na processualística brasileira. Considerando que se trata de reflexão sobre os resultados parciais de pesquisa em andamento, a metodologia utilizada será pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Recursos excepcionais. Meios autônomos de impugnação. Precedentes Judiciais.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil pretendeu, pelo menos em tese, estabelecer um conjunto de regras[2] sobre precedentes judiciais vinculativos de modo a assegurar maior isonomia, previsibilidade e segurança jurídica no tratamento de questões idênticas ou repetitivas. Diante da crise do Poder Judiciário, que decorre, em parte, da morosidade sistêmica[3] provocada pelo volume demasiado de ações repetitivas distribuídas diariamente no Brasil, estabelecer instrumentos de padronização e vinculação decisória é medida urgente e imperiosa[4]. No entanto, só é possível compreender, hermeneuticamente, a dinâmica dos precedentes judiciais vinculativos, no ordenamento processual vigente, através da interpretação sistemática dos arts. 332, 489, §1º, 927 e 932 do código.

Não restam dúvidas, neste sentido, acerca do efeito vinculante de algumas decisões judiciais proposto pelo código, o que enseja a reflexão premente sobre as formas de controle em sua aplicação. Essa reflexão se faz necessária diante do risco concreto de ocorrer a aplicação equivocada dos provimentos judiciais vinculativos, como o indevido indeferimento liminar do pedido ou mesmo improvimento imediato de recurso, acarretando violação direta ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Por outro lado, as técnicas de aplicação dos precedentes judiciais, como extração *ratio decidendi, obter dicta, distinguish e overruling*, não fazem parte da cultura jurídica processual brasileira, assentada fortemente no *civil law* e no método de julgamento por subsunção entre lei e o caso concreto posto em juízo, o que justifica a maior necessidade de controle por parte dos profissionais do direito.

2 Optamos por não utilizar o termo "sistema" de precedentes judiciais por entender que o CPC/2015 não tratou o tema como um conjunto ordenado e harmônico no sentido de explicitar, com clareza, o que será definido como precedente. Se faz necessário interpretar as regras distribuídas pelo código para se chegar a um mínimo hermenêutico sobre a dinâmica dos precedentes judiciais no sentido de viabilizar, de forma satisfatória, sua adequada aplicação. O código trata como provimento vinculativo sumulas, súmulas vinculantes e acórdãos. Essa generalização dificulta a compreensão do tema. Diante disto, utilizaremos ao longo do texto expressões como dinâmica dos precedentes judiciais ou conjunto de regras para se referir ao tema.

3 O conceito de morosidade sistêmica foi utilizado por Boaventura Santos (2006) ao analisar o intenso congestionamento do Poder Judiciário.

4 Importante ressaltar que as reformas processuais resolvem, em parte, o problema do congestionamento do Poder Judiciário. Em paralelo às reformas do processo, se faz necessário promover reformas estruturais como ampliação e especialização de Varas e expansão do quadro de funcionários.

Nesta linha de investigação, Aluisio Mendes (2017, pág. 99), ao tratar do tema, observa que o caráter vinculativo dos pronunciamentos judiciais disposto no art. 927 do CPC exige maior responsabilidade dos tribunais, no sentido de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, sem descurar do amplo contraditório e da adequada fundamentação, de modo a impor-se pelo conteúdo e não pela autoridade. Por outro lado, ainda com Aluisio Mendes (2017), se faz necessário, também, que a sociedade e os profissionais do direito passem a exercer um controle ainda maior quanto à estruturação e funcionamento dos tribunais para que sua organização se adeque à altura dos novos tempos e das novas exigências.

É exatamente nesta toada que os recursos excepcionais e as ações autônomas de impugnação de decisões judiciais foram reformulados, do ponto de vista normativo, no Código de Processo Civil, para se adequar ao modelo precedental proposto. Interessa- nos, no presente trabalho, analisar as novas funções atribuídas aos recursos excepcionais e às ações autônomas de impugnação pelo código e de que forma estes meios processuais podem contribuir para o aprimoramento e controle dos provimentos judiciais vinculativos. Essa reconstrução normativa destas formas de impugnação é fundamental para conferir legitimidade democrática ao modelo que se pretender implementar.

2. CONCEITO DE PRECEDENTE JUDICIAL

Antes de se abordar a inserção da dinâmica dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015, é primordial fazer uma breve digressão sobre o próprio conceito de precedente com o propósito de analisar, criticamente, o tratamento normativo dado ao tema pelo código. Não há como assimilar as regras do CPC sem antes estabelecer um conceito, ainda que precário, de precedente judicial.

Para se compreender a função de um precedente judicial num dado sistema jurídico é imprescindível apreender seu significado na cultura jurídica em que está inserido. Nos países que adotam o *common law*, é considerado precedente judicial a decisão que, ao julgar um *hard case*, cria uma regra, universalizável, para o caso concreto *sub judice,* mas que poderá ser utilizado na resolução de outros casos em que as circunstâncias fáticas forem similares. Neste contexto, observar a história institucional do órgão julgador é fundamental para que se possa manter a integridade do ordenamento jurídico. Assim sendo, cada decisão proferida no sistema *common law* pode ser considerada, metaforicamente, um capítulo num *romance em cadeia*, para usar a expressão de Dworkin (2010).

Neste horizonte, Michele Taruffo (2014) entende precedente como uma regra universalizável que pode ser aplicada como critério para decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou da analogia entre fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. O conceito de Taruffo (2014) contempla a ideia basilar de precedente e de sua aplicação.

A partir do método da hermenêutica Juraci Mourão Lopes Filho (2014) expõe um interessante conceito de precedente. Para este autor precedente é uma resposta institucional a um caso que tenha causado ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas no caso, constitucional ou infraconstitucional, seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja através da escolha de um sentido e detrimento de outros ou mesmo avançado em sentidos que não foram tratados, a *priori,* pelo legislador.

Thomas Bustamante (2012, pág. 259), a partir da teoria normativa, compreende precedente judicial como um texto que carece de interpretação, tal como ocorre com enunciados legislativos. Para este autor, mais importante do que elaborar um conceito amplo de precedente é compreender o que é *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação. De fato, a tarefa de extrair o elemento vinculante do precedente é a tarefa mais difícil para o intérprete nos países que adotam o *common law.* Nesta linha de análise, será considerado precedente judicial a decisão que, ao decidir um caso difícil, expõe, de forma indubitável, os fundamentos determinantes de maneira que possa aplicar em outro caso concreto.

Em similar linha de reflexão, Mitidiero entende precedente judicial como as razões jurídicas necessárias e suficientes que resultam da justificação das decisões prolatadas pelas Cortes Supremas a pretexto de solucionar casos concretos e que servem para vincular o comportamento de todas as instâncias administrativas e judiciais do Estado Constitucional e orientar juridicamente a conduta dos indivíduos e da sociedade civil.

Independente do conceito que se adote, certo é que a *ratio decidendi*, ou fundamentos determinantes, é o elemento constitutivo de um precedente, pois será utilizado, discursivamente, para solução de outros casos cujas circunstâncias fáticas sejam semelhantes. Assim, para se definir qual decisão será considerada precedente o critério quantitativo é preterido em relação ao qualitativo. Com efeito, uma única decisão pode ser considerada precedente judicial, como bem apontou Taruffo (2014), desde que se possa extrair uma regra aplicável em outros casos semelhantes.

Partindo dos conceitos dos autores mencionados acima, conclui-se que enunciados, verbetes de súmulas dos tribunais, locais ou superiores, ou mesmo súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, não

são considerados precedentes judiciais. Essa premissa teórica nos permite analisar com mais acuidade o modelo de vinculação de decisões judiciais proposto pelo Código.

3. PRECEDENTES JUDICIAIS NO CPC/2015

O Código de Processo Civil de 2015 foi estruturado com escopo de dar maior celeridade e isonomia no tratamento de demandas repetitivas. Essa proposta do código pode ser constatada em diversos dispositivos legais, dentre os quais podemos destacar o art. 332, que trata da improcedência liminar, e o art. 976, que rege o incidente de demandas repetitivas.

Para assegurar a aplicação dos precedentes judiciais no âmbito dos tribunais brasileiros o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 235, de 13 de julho de 2016, através da qual determina a criação dos Núcleos de Gerenciamento de Precedentes, evitando que temas repetitivos ou mesmo pacificados sejam encaminhados aos tribunais superiores. Neste contexto, tanto os dispositivos do código como a referida resolução têm como escopo viabilizar a plena verticalização e aplicação dos precedentes judiciais vinculantes no Brasil[5]. Os tribunais superiores e os tribunais locais estão, paulatinamente, se estruturando para criar Núcleos de Gerenciamento de Precedentes. Esta celeridade evidencia o interesse do Poder Judiciário brasileiro em tornar efetiva as regras sobre precedentes judiciais.

Importante ressaltar que o movimento legislativo em relação à vinculação aos precedentes judiciais se iniciou antes mesmo da aprovação do CPC/2015, com a edição das súmulas vinculantes, repercussão geral e padronização decisória através dos recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça.

As reformas processuais deflagradas pela Lei nº 9.756/1998 e pela Emenda Constitucional nº 45 contribuíram para o fortalecimento do uso da denominada jurisprudência dominante (art. 557, CPC/1973) e para o estabelecimento da metodologia de julgamento padronizado através da repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e do julgamento de recursos repetitivos, no Superior Tribunal de Justiça. É evidente que essas reformas contribuíram para racionalizar a atividade judicial reduzindo consideravelmente o volume de trabalhos dos tribunais

5 No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro localizamos 61 decisões monocráticas ou acórdãos, que utilizaram como fundamento o art. 332 do CPC, proferidos período de 2016 a 2018 (agosto). Esse dado revela que a improcedência liminar vem sendo utilizada regularmente pelos juízes fluminenses e pode contribuir para o descongestionamento do Poder Judiciário em casos seriais. Acesso em 13/08/2018.

superiores. Contudo, o avanço normativo não foi acompanhado pela literatura processual crítica sobre o modelo de julgamento por precedentes judiciais e de sua eficácia em nossa cultura jurídica[6].

No período de debates e, principalmente, no período de vacância do CPC/2015, importantes obras sobre o tema foram publicados no Brasil, o que vem contribuindo para se consolidar no país estofo doutrinário sobre precedentes judiciais. Mas fato é que a dinâmica dos precedentes judiciais foi inserida em nosso ordenamento jurídico processual sem um ambiente teórico e conceitual que desse conta das novas regras do CPC. Assim, a inserção dos precedentes judiciais como forma primária do direito exige profunda reformulação da teoria do direito e do processo como também do próprio ensino jurídico.

Esse déficit vem sendo superado pela literatura processual[7], conforme foi dito, mas se faz necessário o constante debate sobre a dinâmica dos precedentes judiciais no Brasil com o escopo de evitar que os mesmos sejam utilizados menos como forma de construção e evolução do direito do que meio supostamente legitimo para reduzir o volume de trabalho do Poder Judiciário. Sem essa reflexão crítica, corre-se o risco, no Brasil, da prática judiciária permanecer tal como antes da vigência do CPC/2015.

Partindo para uma análise mais detalhada do CPC/2015, este modelo de julgamento foi ampliado ao estruturar uma dinâmica de verticalização vinculativa dos precedentes judiciais de modo a evitar a proliferação de demandas repetitivas e racionalizar a atividade judicial por meio de decisões paradigmas. Embora o art. 926, §2º disponha que as súmulas deverão ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes judiciais que motivaram a sua criação, não expõe de forma unívoca qual decisão será considerada precedente judicial. No entanto, apresenta um rol diversificado de decisões no art. 927, que deverão ser observadas pelos juízes e tribunais, contribuindo para dificultar ainda mais a compreensão sobre

6 Vitor Nunes Leal, ao propor súmulas vinculantes para organizar a orientação do Supremo Tribunal Federal, foi um dos primeiros a refletir sobre provimentos judiciais vinculativos com o objetivo de reduzir o alto número de recurso interpostos. Barbosa Moreira, em clássico texto **O processo civil em dois mundos** (2001), aponta as divergências entre os sistemas civil law e common law, a partir do direito processual norte-americano, mas destaca que há influxos que permite intercâmbio entre estes modelos processuais. Esses primeiros movimentos epistemológicos foram fundamentais para inaugurar no Brasil reflexões sobre o *direito jurisprudencial*.

7 Juraci Mourão Lopes (2014, pág. 22) faz um extenso inventário de obras sobre precedentes judiciais publicadas no período compreendido entre tramitação do Projeto do novo código e a vacância do ordenamento processual.

o tema. É preciso, portanto, compreender o que pode ser definido como precedentes judiciais na processualística brasileira.

Ao abordar o tema, Lenio Streck e Georges Abboud (2016) sustentam que o art. 927 do CPC, em verdade, trata de provimentos legalmente vinculantes, pois não há como atribuir às súmulas e a determinados acórdãos proferidos nos julgamentos de incidentes de coletivização (IRDR) natureza precedental. Não discordo da posição dos autores. Entretanto, embora o código tenha dito menos do que deveria, ou até mesmo padeça de técnica legislativa, certo é que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça proferem decisões com evidente natureza precedental. E é a partir desta concepção que se deve interpretar as regras sobre precedentes judiciais dispostas no CPC. Súmula não é precedente, mas as decisões que a ensejaram podem ser.

Esta interpretação se alinha com a percepção de Aluisio Mendes (2017, pág. 97) sobre o tema. Segundo o autor o código dispôs um sistema de pronunciamentos qualificados, ou de jurisprudência e precedentes definido legalmente e que, portanto, não pode ser considerado um regime próprio em que os precedentes em geral passam a ter caráter vinculativo no sentido vertical e horizontal. No entanto, o autor afirma que não existe apenas um mero efeito persuasivo nas hipóteses indicadas no art. 927 do CPC.

A análise do autor nos permite inferir que o código trata de provimentos judiciais vinculativos, conforme rol de decisões judiciais elencados no art. 927, e decisões judiciais que, a despeito de não constarem no rol do referido dispositivo, podem ser definidos como precedente judicial, como acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça proferidos sem observância da metodologia de julgamento de recurso repetitivo, em razão da questão jurídica debatida. Diferenciar conceitualmente os provimentos judiciais mencionados acima é tarefa premente da teoria dos precedentes, que está em fase embrionária no Brasil.

Não se pode descurar dos aspectos positivos que a vinculação aos precedentes judiciais pode trazer à processualística brasileira. Assegurar maior segurança jurídica e isonomia no tratamento de questões idênticas, sobretudo num país continental como o Brasil, é prioridade de primeira grandeza. Entretanto, a vinculação decisória não pode ser utilizada, exclusivamente, como método para redução do volume de trabalho do Poder Judiciário. Se assim for a proposta perde sua legitimidade democrática.

Para que haja o aprimoramento da atividade judicial, no que tange à formação dos precedentes judiciais ou provimentos judiciais vinculativos, é primordial o estudo e debate sobre as técnicas de edição, revisão e superação destes mesmos provimentos judiciais.

3.1. Edição dos precedentes judiciais

Os precedentes judiciais e sua dinâmica de aplicação foram tratados em diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, conforme mencionado acima. A ausência de um tratamento normativo mais sistemático exige do intérprete um esforço hermenêutico mais intenso para se definir quais tribunais serão responsáveis pela edição de precedentes judiciais ou por provimentos judiciais vinculantes.

Segundo o art. 926 do CPC, os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, coerente e íntegra. Para tanto, caberá aos tribunais editar súmulas correspondentes à jurisprudência dominante (art. 926, §1º) e ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação (art. 926§2º). A interpretação da regra sugere que todo e qualquer tribunal, locais ou superiores, poderão editar precedentes judiciais ou provimentos judiciais vinculantes.

O art. 927 do CPC, por sua vez, dispôs sobre quais decisões judiciais terão efeito vinculativo e quais órgãos judiciais serão responsáveis por sua edição. Assim, são considerados decisões judiciais com efeito vinculante as súmulas vinculantes e os acórdãos proferidos em controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, os acórdãos proferidos em incidentes processuais (assunção de competência, incidentes de resolução de demandas repetitivas) proferidos pelos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e pelo Superior Tribunal de Justiça, pelas súmulas e acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinários e recursos especiais repetitivos editados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, e, por fim, pelas orientações dos plenários ou órgãos especiais dos tribunais.

O referido dispositivo legal é pouco elucidativo no que concerne à edição de precedentes judiciais. Tendo como escopo a conceituação de precedentes judiciais elaborada acima, há que se definir a competência funcional para edição de pronunciamentos judiciais vinculantes e precedentes. Daniel Mitidiero (2017) apresenta interessante equação sobre o tema. Para este autor o código apresenta, por um lado, formas de editar precedentes judiciais e, de outro, formas de consolidar a denominada jurisprudência uniformizadora. Nesta perspectiva teórica, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são compreendidos como Cortes de Precedentes e os tribunais locais como Cortes de Justiça. Partindo desta premissa, os precedentes judiciais vinculativos serão editados, exclusivamente pelas Cortes de Precedentes.

A proposta de Mitidiero (2017) está próxima da abordagem de Michelle Taruffo (2014) em clássico texto sobre precedentes judiciais e jurisprudência. Para Taruffo, a decisão judicial que pode ser descrita como precedente judicial é aquela que é proferida pela *Corte de Cassação*[8]. Essa perspectiva teórica de Taruffo, em relação à competência funcional para edição dos precedentes judiciais, contribui para nos auxiliar a compreender quais os órgãos do Poder Judiciário são responsáveis pela edição dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015.

Sendo assim, os tribunais locais são responsáveis pela edição de provimentos judiciais vinculativos (súmulas e acórdãos proferidos nos incidentes de assunção de incompetência e de resolução de demandas repetitivas) e os tribunais superiores responsáveis pela edição de precedentes judiciais vinculantes (acórdãos proferidos no julgamento de recursos excepcionais, repetitivos ou não) e de provimentos judiciais vinculativos (súmulas e acórdãos proferidos nos incidentes de assunção de incompetência e de resolução de demandas repetitivas).

Destacar com clareza e objetividade as funções das Cortes superiores e dos tribunais locais na dinâmica da aplicação dos precedentes judiciais é fundamental para evitar a criação "ilhas" independentes e que se retroalimentam, através das quais cada tribunal local edita e cria o direito sem considerar a função harmonizadora, pelo menos em tese, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Atribuir competência funcional aos tribunais superiores, ainda que de forma hermenêutica e embrionária, para edição dos precedentes judiciais no contexto da processualística brasileira é medida salutar no sentido de assegurar a aplicação consistente e isonômica da dinâmica dos precedentes judiciais.

3.2. Distinção, revisão e revogação dos precedentes judiciais

A utilização dos precedentes judiciais como forma de criação e evolução do direito exige o desenvolvimento de técnicas processuais específicas para manter sua permanente crítica e atualização. Nos sistemas jurídicos que adotam o *common law*, o critério utilizado para analisar se um precedente judicial é aplicável ou não a um caso (*distinguish*), ou mesmo se aquele deve ser revogado por ser anacrônico (*overruling*), são técnicas elementares desta cultura jurídica processual. Sem essas técnicas processuais, a dinâmica dos precedentes judiciais perde sua legitimidade

8 Ao longo do texto o autor se posiciona no sentido de que a edição de precedentes judiciais, vinculativos, são editados pela Corte de Cassação, que tem como função precípua uniformizar a interpretação do direito em âmbito nacional,

democrática, pois permitirá que os tribunais atuem de forma arbitrária e voltados, exclusivamente, para solucionar o problema do excessivo número de demandas seriais.

O Código de Processo Civil de 2015 buscou incorporar essas técnicas processuais ao ordenamento jurídico processual brasileiro. O art. 927§3º e 4º do CPC trata da possibilidade de revisar e modificar os fundamentos determinantes dos precedentes judiciais, assegurando o respeito à segurança jurídica, a isonomia e a necessária modulação de seus efeitos. A regra do art. 927, §2º do código reforça o princípio da colaboração ao dispor que a revisão do precedente judicial ou da tese fixada poderá ser precedida de debate público com pessoas e entidades interessadas na revisão do precedente. Essa regra contraria frontalmente nossa cultura jurídica processual.

É sabido que os tribunais brasileiros, sem exceção, alteram sua jurisprudência dominante por questões estranhas ao direito. Por exemplo, o ingresso de um novo integrante em uma Câmara Cível ou Turma é suficiente para mudar a orientação do órgão fracionário sobre determinada questão jurídica. O mesmo pode ocorrer nos tribunais superiores. Em outra perspectiva, não há um procedimento claro acerca da superação de um entendimento dominante em um tribunal ou mesmo órgão fracionário. É muito comum no Brasil um órgão fracionário acolher uma tese jurídica ventilada num recurso e no semestre seguinte decidir diametralmente oposto ao julgado anterior.

Um exemplo, dentre inúmeros outros, pode ilustrar o que foi dito. O Superior Tribunal de Justiça cancelou a Súmula 603 no dia 22/08/2018 (REsp. 1.555.722, julgado pela 4ª Turma). A referida Súmula, que fora aprovada em fevereiro do mesmo ano pela 2ª Seção da Corte, dispunha acerca da vedação aos bancos mutuantes de reter parte do salário para adimplir mútuo contraído. Considerando a natureza da relação jurídica, não há dúvida da quantidade de demandas judiciais que utilizaram como fundamento a mencionada súmula.

A despeito do curto período de "vida" útil do verbete, aproximadamente 06 meses, certo é que no período em que esteve em vigor foi utilizado como fundamento em diversas demandas e seu cancelamento abrupto acarretará transtornos de ordem material e processual em diversos tribunais locais. Não se questiona a possibilidade de revisão e cancelamento de verbetes sumulares. O que se discute é o fato de a súmula ser cancelada sem qualquer sinalização prévia por parte do Superior Tribunal de Justiça, surpreendendo inúmeros jurisdicionados que se motivaram a demandar em juízo tendo como fundamento a orientação prévia enunciada no verbete.

Outro ponto problemático diz respeito à ausência de democratização no procedimento de cancelamento da súmula. Somente o integrante do Ministério Público teve acesso ao debate. Percebe-se, portanto, que o cancelamento da referida súmula observou a cultura jurídica processual e institucional consolidada no período anterior ao Código de Processo Civil de 2015, onde tal procedimento de revisão de tese jurídica era considerado uma etapa administrativa e dispensava a colaboração das partes e interessados. No ordenamento jurídico processual vigente o cancelamento realizado como decisão "surpresa" não coaduna com as regras do art. 927, § 3º e 4º do CPC. Deve-se refletir sobre o impacto da revisão na prática forense e, principalmente, democratização do debate.

Conforme bem assinalam Theodoro Junior, Nunes, Bahia & Pedron (2015, pág. 340), se a *práxis* judiciário não for repensada, no que concerne à edição, revisão e cancelamento de precedentes judiciais, corre-se o risco de estarmos, no Brasil, criando uma nova forma de legislação proveniente de um novo poder, a juristocracia. É exatamente por essa razão que se faz premente refletir sobre os mecanismos de controle e aperfeiçoamento da dinâmica dos precedentes judiciais.

3.3. Aplicação e controle dos precedentes judiciais

O Código de Processo Civil trata especificamente da aplicação dos precedentes judiciais vinculativos nos arts. 332, 489, §1º e art. 932, IV e V. A interpretação sistemática destes dispositivos legais nos permite compreender o efeito vinculativo pretendido pelo código. A regra do art. 332 autoriza ao juiz julgar liminarmente o pedido formulado pelo autor nas hipóteses em que este for contrário aos precedentes judiciais. Este dispositivo estabelece, normativamente, vinculação vertical do primeiro grau de jurisdição aos precedentes judiciais dos tribunais superiores. É imprescindível ao magistrado efetuar uma acurada análise do caso concreto para que uma pretensão não seja rejeitada liminarmente por equívoco ou inadequada interpretação dos fatos

O art. 489, §1º do código veda ao julgador acolher ou rejeitar a pretensão deduzida em juízo utilizando como fundamento a mera menção a súmulas, ementas ou mesmo se limitar a transcrever o número do recurso extraordinário ou especial. Há de se fundamentar, de forma adequada e estruturada, explicitando as razões pelas quais foi aplicado determinado precedente ou mesmo os motivos pelos quais um determinado precedente foi afastado. Exige-se, portanto, uma minuciosa distinção acerca dos precedentes judiciais aplicáveis ao caso concreto *sub judice*.

Essa regra colide frontalmente com a cultura jurídica processual estabelecida no Brasil. Em nossa *práxis* judiciária a jurisprudência sempre foi utilizada como elemento persuasivo ou mesmo ilustrativo da tese jurídica articulada na decisão. O intenso volume de processos seriais ou repetitivos contribuiu para que, em alguns casos, a fundamentação de algumas decisões judiciais se limitasse a transcrever, na íntegra, a ementa ou as razões de decidir de julgados dos tribunais superiores sem sequer justificar em que medida aquele julgado é aplicável ao caso concreto[9]. Tal prática é rechaçada pelo art. 489, §1º do CPC.

A Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro traz à lume importante fundamento jurídico ao julgar recurso sobre o tema. Para este órgão fracionário, a fundamentação qualificada ou analítica é elemento essencial para legitimação democrática da decisão judicial. Embora não aborde especificamente o critério de distinção na aplicação dos precedentes judiciais a decisão representa um avanço qualitativo no trato do tema. O mencionado fundamento pode ser identificado no trecho transcrito abaixo:

> Ora, sendo certo que a função jurisdicional é uma manifestação do poder do Estado, e sendo, pois, o magistrado brasileiro agente de um Estado Democrático de Direito, impõe- se a ele que observe critérios democráticos de exercício do poder, de forma a legitimar seus atos perante a ordem jurídica e perante a sociedade a que serve o Estado de que é agente. Consequência disso é que as decisões judiciais precisam ser substancialmente justificadas, para que sejam consideradas democraticamente legitimadas a produzir seus efeitos jurídicos (Agravo de Instrumento nº 0034314-40.2018.8.19.0000, Relator Des. Alexandre Freitas Câmara, Julgado em 15/05/2018.)

Em outra perspectiva, o art. 932, IV e V, atribui ao relator poderes para dar provimento aos recursos contra decisões que contrariaram precedentes judiciais ou negar provimento aos recursos cuja fundamentação contrarie, também, precedentes judiciais. A regra, em verdade, tem como escopo fortalecer e valorizar a dinâmica dos precedentes judiciais como também evitar a proliferação de recursos protelatórios. Caso haja

9 Segundo integrantes da Escola mineira de processo, não mais se admite, na vigência do CPC/2015, simulações de fundamentações nas quais o juiz repete o texto normativo ou ementa do julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar sua escolha. Ver Theodoro Junior, Nunes, Bahia & Peron. (2015, pág. 302).

aplicação inadequada deste dispositivo legal pelo relator, caberá a parte interessada interpor agravo interno (art. 1.021 do CPC)[10] e promover a distinção na aplicação dos precedentes.

Não restam dúvidas que as regras dos arts. 332 e 932, IV e V, têm como principal escopo promover a filtragem das demandas repetitivas, no âmbito do primeiro e segundo grau de jurisdição, de modo a racionalizar a atividade judicante. Em outra dimensão, essas regras pretendem organizar um método de aplicação vertical dos precedentes judiciais editados pelos tribunais superiores.

É neste sentido que se faz necessário ponderar sobre os meios de controle na aplicação da dinâmica dos precedentes judiciais com o propósito de evitar arbitrariedades ou mesmo disfunções em sua *práxis*. A utilização qualificada dos precedentes judiciais não faz parte da cultura jurídica processual brasileira, conforme foi abordado acima. Há, portanto, uma tensão entre a dinâmica normativa proposta pelo código e a dinâmica da práxis vivenciada pelos tribunais brasileiros. Sem um adequado controle não há dúvidas de que prevalecerá a *práxis* que perpassa nossa cultura jurídica, ou seja, a jurisprudência como forma de reduzir o volume de trabalho do Judiciário. Neste contexto, os recursos excepcionais e as ações autônomas de impugnação ganham nova roupagem normativa.

4. FUNÇÕES DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

No período anterior à vigência do Código de Processo Civil de 2015 a principal função dos recursos excepcionais era assegurar a uniformidade da interpretação da Constituição Federal e da legislação federal em todo território nacional. Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 o Supremo Tribunal Federal era responsável pela uniformização da interpretação tanto do texto constitucional como também da legislação federal. Esta tarefa hercúlea era realizada no âmbito da competência originária, via controle da constitucionalidade, e da competência recursal, pela via do Recurso Extraordinário.

Em importante trabalho, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas (2017) destacam que a principal causa do excesso de trabalho da corte constitucional era a centralização na unidade do direito. A centralização da competência da União para legislar sobre direito civil, penal e processual contribuiu, na percepção dos autores, para sobrecarregar a atividade judicante do Supremo Tribunal Federal no período anterior à Constituição Federal de 1988.

10 Sobre a nova roupagem do agravo interno ver Alexandre Catharina (2016).

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça com o objetivo de racionalizar a atividade jurisdicional das cortes superiores atribuindo a este tribunal a uniformização da interpretação da lei federal, permitindo que o Supremo Tribunal Federal direcionasse os esforços para qualificar o controle da constitucionalidade e assegurar a uniformização da interpretação da Constituição Federal em todo território nacional. Partindo desta premissa, importantes segmentos da literatura processual atribuiu aos tribunais superiores a denominação de Cortes de Correção (MARINONI, 2017).

Entretanto, o Código de Processo Civil ampliou o alcance e a própria função dos recursos excepcionais. Nesta linha de análise, os recursos excepcionais, por um lado, mantem sua função uniformizadora da interpretação da legislação federal e do texto constitucional, e, também, como meio processual próprio para formação de precedentes e provimentos judiciais vinculativos. Alguns dispositivos do código revelam essa dupla função. O art. 332, II, autoriza o juiz a julgar improcedente o pedido, liminarmente, sempre que o pedido formulado pelo autor contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos.

Ao tratar da vinculação aos precedentes judiciais, o art. 927, III, dispõe que os juízes observarão os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recursos especiais repetitivos. Nesta mesma perspectiva, o art. 932, IV, "b", V, "b", atribuem ao relator dos recursos nos tribunais poderes para negar provimento aos recursos cujas razões contrariarem acórdãos dos mencionados tribunais ou proverem recursos quando a violação decorrer da própria decisão.

A interpretação sistemática e teleológica destes dispositivos revela a proposta do código no sentido de instituir como função preponderante dos recursos excepcionais a formação de precedentes judiciais com força vinculante[11]. Assim sendo, o código permite a ampliação de outros interessados, além das partes, que podem participar do processo decisório e influir na formação do precedente judicial.

11 Este modelo de formação de precedentes judiciais já era utilizada pela Suprema Corte antes mesmo da vigência do CPC/2015. O julgamento do Recurso Extraordinário nº 845779 é emblemático neste sentido. Neste julgado, os Ministros da Suprema Corte decidiram que os transgêneros poderão utilizar os sanitários Neste julgado, os Ministros da Suprema Corte decidiram que os transgêneros poderão utilizar os sanitários que melhor se adequem com suas identidades de gênero. Interessante destacar que a decisão se transformou num importante precedente judicial para o movimento LGBTT.

Um caso emblemático pode ser mencionado sobre este ponto. O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Felipe Salomão, considerando a identidade temática dos Recursos Especiais nº 1498485, 1635428, 1631485 e 1614721, designou audiência pública para ouvir diversos interessados sobre a questão a ser decidida. A matéria de fundo diz respeito à possibilidade ou não de cumulação de indenização por lucros cessantes com cláusula penal nos casos de atraso na entrega de empreendimentos imobiliários. Trata-se de controvérsia jurídica com forte repercussão jurídica e social.

Foram habilitados 20 participantes, que foram escolhidos observando a diversidade de posições em relação ao tema e a representatividade dos habilitados. O Ministro relator evidenciou em seu voto os critérios utilizados para escolher, dentre tantos outros, os 20 participantes:

> Desta feita, com vistas à construção de espaço deliberativo efetivo, em que todas as manifestações apresentadas sejam, de forma real, consideradas e analisadas pelos julgadores, as inscrições deferidas o foram com fundamento nos seguintes critérios: (I) representatividade técnica no espaço da área de conhecimento a que pertencem, (II) atuação ou expertise especificamente na matéria e (III) garantia da pluralidade e paridade da composição da audiência, bem como das abordagens argumentativas a serem defendidas.

Esse dado é importante por, pelo menos, dois aspectos. Primeiro, não fazia parte da *práxis* do Superior Tribunal de Justiça, no período antes à vigência do CPC/2015, realizar audiência pública para ouvir interessados antes de decidir sobre questões infraconstitucionais. Percebe-se que há uma reconfiguração institucional para lidar com as dimensões colaborativas do código. O segundo aspecto concerne ao amplo número de interessados que formularam requerimento para participar da audiência pública, o que revela a dimensão democratizante trazida à lume pelo CPC/2015 (CATHARINA, 2015).

Essa casuística é importante para evidenciar a nova roupagem ou função dos recursos excepcionais. Além da função corretiva, onde se busca a revisão da decisão que contrariou texto constitucional ou lei infraconstitucional, estes recursos propiciam um espaço para construção coletiva de um precedente ou provimento judicial vinculativo. A ampliação da atuação dos *amici curiae* em todos os graus de jurisdição (art. 138) e a designação de audiência pública nos julgamentos dos recursos excepcionais (art. 1,038, II) constituem elementos essenciais para conferir legitimidade democrática à formação dos precedentes judiciais no âmbito das cortes superiores.

Pode-se afirmar, portanto, que a principal função dos recursos excepcionais no modelo democrático de processo proposto pelo CPC/2015 é assegurar a pluralidade de argumentos na formação dos precedentes judiciais. Nesta linha de análise, a vinculação aos precedentes judiciais disposta no código somente se legitima com a participação dos segmentos da sociedade, que serão afetados pela decisão, no julgamento dos recursos excepcionais.

5. FUNÇÕES DAS AÇÕES AUTÔNOMAS DE IMPUGNAÇÃO

O controle das decisões judiciais é realizado na processualística brasileira através dos recursos, ordinários e extraordinários, ou de ações autônomas de impugnação. Neste contexto, o Mandado de Segurança, a Ação Rescisória, a Ação Anulatória ou mesma a Reclamação são utilizadas para impugnar decisões judiciais nos casos previstos em lei. Diante do escopo deste trabalho, interessa-nos analisar as alterações normativas ocorridas no procedimento da ação rescisória e da reclamação.

Na vigência do CPC/1973, tanto a reclamação como a ação rescisória eram utilizadas, exclusivamente, para tutelar, subjetivamente, os interesses das partes. O julgamento destes meios de impugnação não extrapolava os limites subjetivos da causa. A admissão destas ações propostas por terceiros era condicionada a demonstração do interesse jurídico. Essa limitação é caudatária da cultura jurídica liberal fundante do processualismo brasileiro.

Com efeito, a roupagem destes meios autônomos de impugnação foi reformulada pelo CPC/2015, para contemplar, em seu objeto, controle da aplicação da dinâmica dos precedentes judiciais dos tribunais superiores nos órgãos fracionários e juízes de primeiro grau. Essa perspectiva de análise nos permite inferir que as ações autônomas de impugnação possuem dupla função no ordenamento jurídico processual vigente.

Partindo desta perspectiva, essas ações autônomas de impugnação mantiveram sua função precípua de controlar, subjetivamente e em casos específicos, decisões judiciais. Em outra dimensão, as mencionadas ações autônomas foram redimensionadas para contemplar em seu objeto a impugnação de decisões, transitadas em julgado ou não, que contrariarem precedentes judiciais vinculativos. Passemos, então, à análise destes meios autônomos de impugnação.

Historicamente a ação rescisória era utilizada para impugnar vícios que não eram acobertados pelo efeito preclusivo da coisa julgada, conforme rol taxativo do art. 966 do Código de Processo Civil. Este viés normativo

atribuía à ação rescisória o escopo de afastar a barreira da coisa julgada e permitir a rescisão do julgado ou mesmo novo julgamento do caso, conforme a casuística apresentada em juízo. No ordenamento processual vigente, a ação rescisória tem como escopo, também, rescindir decisão que tenha aplicado de forma inadequada precedente judicial vinculativo (art. 966, §5º).

Interessante destacar que a regra mencionada acima foi inserida pela Lei nº 13.256/2016, e nos permite inferir que a sua principal finalidade é evitar disfunções na dinâmica de aplicação dos precedentes judiciais vinculativos. Assim, nos casos em que a petição inicial do demandante foi liminarmente julgada improcedente (art. 332, I e III), equivocadamente, poderá ser ajuizada ação rescisória com objetivo de rescindir o julgado por ausência de distinção ao aplicar precedente judicial ao caso concreto. O mesmo poderá ocorrer nos casos em que o recurso for improvido ou provido (art. 932, IV, "a" e "c", V, "a" e "c") sem a necessária distinção na aplicação dos precedentes judiciais.

Embora a interpretação literal da regra do art. 966, §6º sugira que a revisão será particularizada às circunstâncias fáticas da causa, não se pode negar que o julgamento da ação rescisória possa provocar o *overruling* do precedente judicial sob análise. Independente da interpretação que se possa atribuir a regra, fato é que a ação rescisória tem como um de seus escopos o controle das decisões judiciais no que tange à aplicação dos precedentes judiciais.

A reclamação, por sua vez, tinha previsão exclusivamente na Constituição Federal de 1988. Com efeito, cabe reclamação para STF para preservação de competência ou assegurar a autoridade de suas decisões (102, I, "l"). Para o STJ caberá reclamação para preservação de competência ou assegurar a autoridade de suas decisões, nos termos do art. 105, I, "f" da CF/88.

O Código de Processo Civil além de reproduzir as hipóteses constitucionais mencionadas acima no art. 988, ampliou seu escopo para contemplar a possibilidade do ajuizamento deste meio de impugnação para garantir *a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade* (art. 988, III) como também *a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência* (art. 988, IV). Ambas as regras foram inseridas, similarmente, pela Lei nº 13.256/2016.

Neste sentido, a decisão judicial proferida sem considerar as teses jurídicas previamente fixadas em incidentes, acórdãos do Supremo Tribunal Federal em controle da constitucionalidade e súmulas vinculantes será

cassada pelo tribunal competente. A ampliação do objeto da reclamação, promovida pela Lei nº 13.256/2016, transformou este meio de impugnação numa forma qualificada de controle na aplicação dos precedentes judiciais. Ainda nesta linha de reflexão, o art. 988, §4º do CPC dispõe que caberá reclamação nos casos em que a tese jurídica, nas hipóteses dos incisos III e IV, for utilizada de forma indevida ou inadequada.

O tratamento normativo dado à reclamação pelo código, com a redação dada pela Lei nº 13.256/2016, reforça a hipótese trabalhada neste artigo no sentido de que a função primária da reclamação é assegurar a aplicação adequada dos precedentes judiciais em um dos órgãos do Poder Judiciário.

Diante da reflexão levada a efeito neste trabalho, os recursos excepcionais e as ações autônomas de impugnação, no modelo precedental, são instrumentos processuais que contribuem para a formação, revisão e mesmo superação dos precedentes judiciais. No *common law,* a revisão e superação do precedente é realizada pela própria Corte que o editou, independente de provocação das partes, como bem assinalou Maira Portes (2010). Tal método de controle decorre da *práxis* estabelecida naquela cultura jurídica.

No mundo do *civil law*, ou mesmo nos sistemas híbridos como o Brasil, a revisão e superação de um precedente judicial ou mesmo provimento vinculativo não pode prescindir de participação das partes e da sociedade civil. Assim, os recursos excepcionais e as ações autônomas de impugnação são revitalizadas no CPC/2015 com a função integradora e restauradora do ordenamento jurídico, assegurando a legitimidade democrática do modelo precedental de julgamento. O presente trabalho objetiva contribuir para este debate.

6. CONCLUSÃO

O principal objetivo deste trabalho foi refletir sobre as novas funções dos recursos e excepcionais e de algumas ações autônomas de impugnação na dinâmica de aplicação dos precedentes judiciais. Partindo desta premissa, os recursos excepcionais permitem aos interessados influir na formação dos precedentes judiciais editados pelos tribunais superiores.

Pode-se, portanto, afirmar que os recursos excepcionais possibilitam atuação prévia dos interessados na formação dos precedentes judiciais, seja pela atuação como amigos da corte ou como interveniente na audiência pública. Em outro vetor de análise, a ação rescisória e a reclamação permitem aos interessados a cassação da decisão que não observou ou aplicou indevidamente os precedentes judiciais.

Tanto num caso como noutro, há a possibilidade da sociedade participar, efetivamente, na formação e revisão dos precedentes judiciais, o que confere maior legitimidade democrática a este modelo processual disposto no Código de Processo Civil. O trabalho não apresenta conclusões finais sobre o tema. Ao contrário. Pretende inaugurar um diálogo para que ampliemos a visão acerca deste tema tão instigante e complexo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In *Temas de Direito Processual: Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação das regras jurisprudenciais.* São Paulo: Noeses, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça***.** Trad. Ellen Gracie Northflleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CATHARINA, Alexandre de Castro, *Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais*. Curitiba: Juruá, 2015.

_, *A remodelagem do agravo interno na processualística contemporânea.* In: NUNES, Claudia Ribeiro Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes; MARTINS, Vanderlei. (Org.). *Direito e Justiça: Estudos em homenagem aos 25 anos do Ministro Marco Aurélio no STF*. 1ed.Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016, v. 1, p. 185-194.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jurguen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC.* 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes judiciais: da persuasão à vinculação***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.

PORTES, Maira. *Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law*. In MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.*). A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR***.** Salvador: Podivm, 2010, p. 103-128.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2006. p. 141-162.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? In: *Revista Consultor Jurídico*, 18 de agosto de 2016. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes- cpc>. Acesso em: 25/08/2018.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Data de acesso 03/08/2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flavio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ACESSO À JUSTIÇA DIGITAL E PERSPECTIVAS PARA O BRASIL

BRAGANÇA, Fernanda[1]

1 Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal Fluminense – UFF. Pesquisadora visitante na *Université Paris I Pantheón-Sorbonne*. Pesquisadora do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário (CIAPJ – FGV). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ/FND com financiamento CENPES/PETROBRÁS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ/FND. Graduada em Administração de Empresas pela Universidade Cândido Mendes /UCAM. Professora convidada de cursos de pós-graduação lato sensu. Advogada e consultora em soluções negociadas de conflitos. Mediadora.

RESUMO

O acesso à justiça digital no Brasil é tratado com algumas ressalvas a partir da análise de que uma parcela da população brasileira não tem acesso à *internet*, tem uma rede precária ou não sabe utilizar esta ferramenta. Este artigo tem a proposta de analisar este cenário a partir dos dados mais recentes mapeados no país e responder sobre a indagação: qual a tendência para o acesso à justiça digital após a pandemia? As recentes normativas publicadas pelo Conselho Nacional de Justiça, particularmente, as resoluções nº. 345 e 358 indicam que a utilização dos serviços judiciários em meio digital será mais uma opção disponibilizada às partes, ou seja, não será obrigatória. A metodologia de pesquisa consistiu em uma revisão bibliográfica sobre o assunto na literatura nacional e internacional e na análise de dados de estudos empíricos sobre o uso da *internet* pelos brasileiros, tendo em vista uma verificação quantitativa desta questão.

Palavras-chave: acesso à justiça; justiça digital; Juízo 100% Digital; plataformas de solução de conflitos; mediação e conciliação *online*.

1. INTRODUÇÃO

A incorporação da inovação tecnológica no Judiciário é um tema relevante por diversas frentes como a institucional, do jurisdicionados, dos profissionais que atuam neste sistema como advogados, juízes e servidores. Neste artigo, esta temática é analisada pela perspectiva do acesso à justiça.

O uso da *internet* para o serviço jurisdicional é uma realidade e, que durante o período de isolamento social, se tornou a única opção para a continuidade das atividades. Contudo, o uso mais frequente da rede mundial de computadores para a prestação da jurisdição tem despertado a preocupação de alguns especialistas, sobretudo, em razão de uma parcela da população brasileira não ter acesso à *web* e/ou não saber utilizá-la. Assim sendo, este estudo visa entender a seguinte questão: qual a tendência para o acesso à justiça digital no país após a pandemia?

A investigação tem como objetivos a contextualização do uso de tecnologias nos estudos sobre acesso à justiça e o aprofundamento sobre as perspectivas para a consolidação de um Judiciário digital no Brasil. A metodologia de pesquisa se baseou em uma revisão bibliográfica e análise de dados empíricos de levantamentos sobre o uso da rede mundial de computadores pela população brasileira.

2. FASES DE ESTUDO SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

Desde meados do século XX, iniciou-se um movimento de construção de um assistencialismo jurídico para possibilitar que pessoas sem condições financeiras também pudessem ingressar e litigar no Judiciário. Isto repercutiu em diversas reformas constitucionais que conferiram a esta garantia o status de fundamental (GLOBAL ACESS TO JUSTICE).

Este movimento despertou o interesse dos pesquisadores Mauro Cappelletti, James Gordley e Earl Johnson Jr (1975) coordenarem uma pesquisa em conjunto para mapear como o assistencialismo jurídico havia se difundido pelo mundo e como se verificava na prática. O resultado foi publicado no livro "*Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies*" considerado o marco epistemológico no estudo comparativo dos modelos jurídicos assistenciais.

Essas constatações impulsionaram a criação de uma grande equipe multidisciplinar para estudar o acesso à justiça em escala global com a intenção de detectar as fragilidades do sistema de cada país. A iniciativa foi denominada "Projeto Florença" (*Florence Access-to-Justice Project*) e

foi liderada por Mauro Cappelletti, Bryant Garth e Earl Johnson Jr. O resultado deste projeto gerou os cinco volumes da obra "*Access to Justice*".

O volume I desta obra tratou sobre as três ondas de acesso à justiça. A primeira focou nos custos para a resolução de litígios no âmbito do sistema judiciário formal e serviços jurídico assistenciais para os mais pobres e vulneráveis; a segunda em iniciativas contemporâneas para garantir a representação dos direitos difusos e coletivos e a terceira destacou o aprimoramento do procedimento e das instituições que compõem o sistema de processamento de litígios.

O acesso ao Judiciário mobiliza dispêndios com advogados, custas processuais e outros custos que, muitas vezes, não conseguem ser arcados pela camada mais humilde da população. Nesse sentido, o primeiro movimento dos Estados foi no sentido de garantir assistência judiciária gratuita aos vulneráveis economicamente. Esta assistência poderia ser em três modelos, sendo o primeiro deles o "sistema judicare", o qual consiste na contratação de advogados privados pelo Estado com o objetivo de prestar assistência judiciária aos cidadãos hipossuficientes (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

O segundo modelo tratado pelos autores coloca em evidência o atendimento dos mais pobres enquanto classe. Os escritórios localizados dentro das comunidades encarregam-se da prestação da assistência judiciária remunerados pelo Estado. Em decorrência do grande número de demandas, uma tendência verificada foi a preterição do atendimento individual em detrimento dos casos de maior repercussão (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 16).

O terceiro modelo é o combinado entre os dois anteriores, ou seja, em que há a possibilidade de escolha entre o atendimento por advogados particulares ou públicos. Nesta proposta, os indivíduos podem escolher entres os serviços personalizados de um advogado particular e a especialização dos advogados públicos em demandas relacionadas aos hipossuficientes (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 17).

No Brasil, essa primeira onda de acesso à justiça se materializou, por exemplo, com a publicação da Lei nº 1.060 de 1950 que estabelece normas para a concessão da assistência judiciária gratuita e com a instituição das Defensorias Públicas estaduais e da União.

A segunda onda colocou em evidência que o processo civil tradicional, de cunho eminentemente individualista, atendia de modo insatisfatório a proteção dos direitos ou interesse difusos ou também chamados de coletivos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 19).

Este movimento foi percebido no ordenamento jurídico brasileiro com a publicação da Lei nº. 4.717 de 1965 (Ação Popular), da Lei nº. 7.347 de 1985 (Ação Civil Pública), da Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor, em especial, artigo 81 e seguintes) e da Lei nº. 12.016 de 2009 (Mandado de Segurança Coletivo).

A terceira onda de acesso à justiça tem como enfoque a ampliação das formas de acesso ao Judiciário e das outras formas de solução de conflitos. Este momento foi marcado por reformas que incluíram tanto a advocacia contenciosa quanto a preventiva ou consensual. O centra da atenção dos profissionais do Direito se volta às instituições e mecanismos, indivíduos e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas na sociedade (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 25).

Neste contexto, foram criados os Juizados Especiais no Brasil com a proposta de ampliar as possibilidades de acesso à justiça das demandas de menor complexidade, com fundamento na previsão do artigo 98 da Constituição e na Lei nº. 9099 de 1995. Esta legislação confere uma maior abertura e facilidade às partes ao prever os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade e também a inexigibilidade da representação por advogado nas ações com valor da causa de até 20 salários-mínimos.

É neste cenário em que formas de solução de conflitos fora da esfera judiciária também passam a ser fomentados em um primeiro momento, particularmente, a conciliação e a arbitragem e, com o advento da Lei nº. 13.105 de 2015 e da Lei nº. 13.140 de 2015, houve um grande impulso à mediação.

Em 2019, com a proposta de dar continuidade aos estudos do Projeto Florença, Bryant Garth idealizou o *Global Access to Justice Project*, ainda em andamento, voltado ao mapeamento das tendências do acesso à justiça no século XXI. A partir daí, foram inseridas novas ondas renovatórias de acesso: a quarta, sobre a ética nas profissões jurídicas; a quinta, voltada para a proteção dos direitos humanos; e a sexta, acerca do emprego de novas tecnologias.

A quarta onda é proposta por um dos integrantes do Projeto Florença, Kim Economides, e trata sobre a ética nas profissões jurídicas e acesso dos advogados à justiça. A hipótese trabalhada pelo autor é de que o problema do acesso à justiça não está restrito ao acesso dos cidadãos, mas também dos profissionais que atuam no sistema, com destaque para os próprios patronos.

O autor trabalha com o problema do acesso à justiça em três níveis: natureza da demanda dos serviços jurídicos; natureza da oferta dos serviços jurídicos e a natureza do problema jurídico conforme situações que os clientes desejem recorrer ao judiciário.

O primeiro verifica as necessidades jurídicas não atendidas e busca mapear e quantificar estas deficiências. O segundo revela que os advogados atuam, preferencialmente, em grandes empresas e escritórios e, nesse sentido, a natureza e o porte dos serviços jurídicos ofertados exercem influência sobre a mobilização da lei (ECONOMIDES, 2013, p. 67). Por fim, a natureza do problema jurídico mostra que existem lacunas nos variados campos do Direito, quer pela ausência de profissionais voltados, especificamente, àquela área ou até pela carência de disciplina regulatória (Ibidem, p. 70).

O autor volta, portanto, o seu objeto de investigação para os profissionais do Direito e complementa as análises do Projeto Florença na medida em que indica que a problemática do acesso à justiça precisa ser analisada a partir da conjugação da estrutura macro, com foco na demanda, e micro, a partir da oferta (PEREIRA, EMERIQUE, 2015, p. 343).

A quinta onda renovatória corresponde ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Isto é, esta dimensão direciona-se à institucionalização de procedimentos que legitimem a participação e a autonomia dos cidadãos no sistema de justiça. Por esta perspectiva, o indivíduo deve ser visto como protagonista da ordem jurídica e social e não como um mero participante passivo das atividades do Estado (PEDRON, 2013, p. 6).

A sexta onda diz respeito às iniciativas promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça. O aprofundamento sobre esta dimensão tem como requisito a inclusão digital da sociedade e a percepção de que a *internet* é um instrumento democrático que possibilita um exercício da cidadania mais efetivo à dinâmica da vida social moderna com maior facilidade e transparência na obtenção de dados dos governos, acompanhamento de ações governamentais e diversificação dos canais para monitoramento dos representantes do Estado (JAQUES; SILVEIRA, 2020, p. 2).

3. O ACESSO À *INTERNET*, JUSTIÇA DIGITAL E IMPACTOS NO BRASIL

O uso da *internet* se tornou um hábito diário para a maioria das pessoas dos países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Em 2019, em média, cerca de 95% dos indivíduos de 16 a 24 anos eram usuários frequentes da rede, conforme

a figura 1 abaixo. Entre os de 55 a 74 anos, essa participação atingiu 58% em 2019, ante apenas 30% em 2010 (OCDE, 2020).

Em 2020, países como a Finlândia, Coreia, Dinamarca, Nova Zelândia, Espanha e Reino Unido superaram a marca de 95% da população com acesso à rede mundial de computadores nas suas residências. Os dados de 2020 referentes aos Estados Unidos, Brasil, dentre outros ainda não foram compilados (OCDE, 2020a).

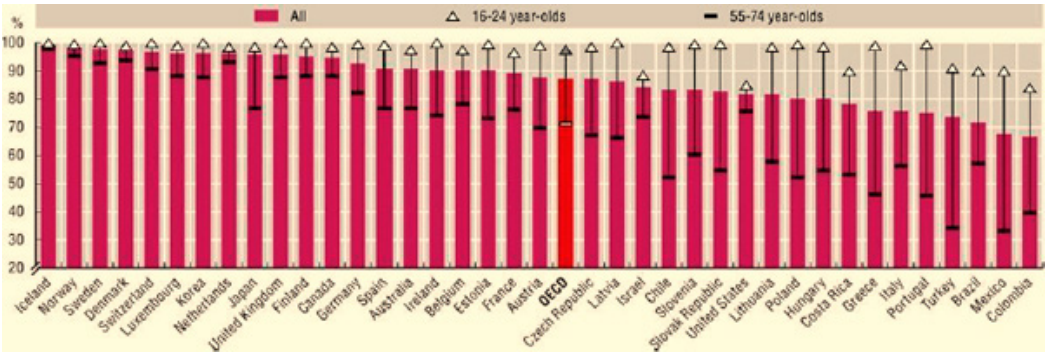


Figura 1 – Uso da Internet por idade: porcentagem em cada faixa etária.

Fonte: OCDE

Esta preocupação se verifica materialmente, no Brasil, por exemplo, com os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua sobre Tecnologia da Informação e Comunicação (PNAD Contínua TIC) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os resultados revelaram que 79,1% dos domicílios brasileiros possuíam acesso à *internet* no ano base de 2018. Este percentual varia segundo nas regiões do país, conforme a figura 2 a seguir (BRASIL, 2020, p. 6).

Ainda com base nos dados de 2018, uma parcela deste grupo de brasileiros com acesso à *internet* continua sem utilizar a ferramenta e apontaram como principais motivos o fato de não saberem utilizar a rede (41, 6%) e falta de interesse (34,6%) (Ibidem, p. 11).

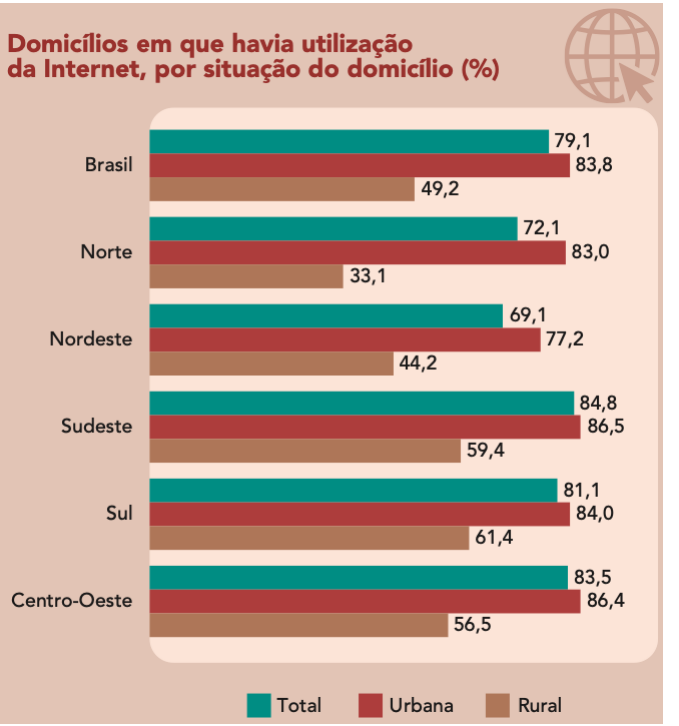


Figura 2 – Percentual de domicílios com acesso à internet no Brasil.

Fonte: IBGE

O uso da *internet* banda larga também é uma realidade no Brasil. O IBGE detectou que o uso de rede discada está se tornando cada vez mais irrelevante, tendo passado de 0,6% em 2016, para 0,4%, em 2017, e baixado para 0,2%, em 2018 (Ibidem, p. 8).

No que tange à utilização de banda larga fixa e móvel, a pesquisa identificou que nos domicílios brasileiros em que havia utilização da *internet*, o percentual dos que usavam banda larga móvel (3G ou 4G) era de 80,2% em 2018, enquanto o dos domicílios que utilizavam a banda larga fixa ficou em 75,9% no mesmo período, conforme mostra a figura 3 (Ibidem).

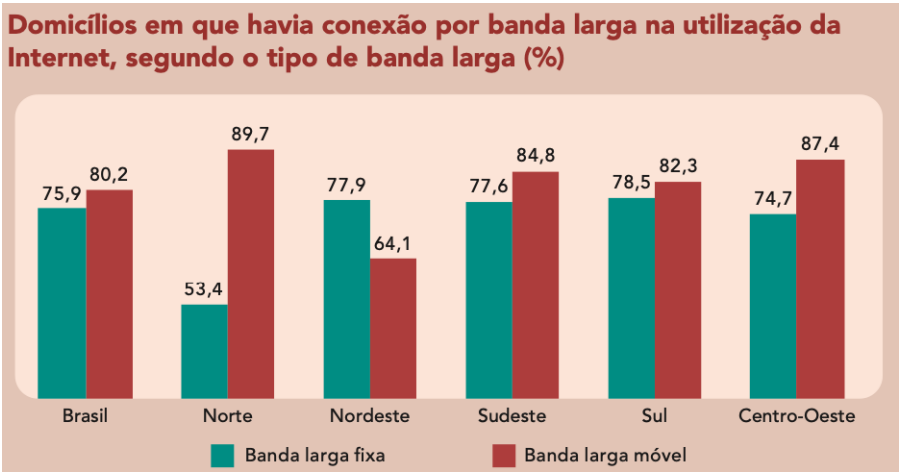


Figura 3 – Internet banda larga e móvel nos domicílios brasileiros.
Fonte: IBGE

A crise sanitária provocou mudanças neste cenário, tendo em vista que muitas pessoas foram compelidas a migrar suas atividades de trabalho, estudo, consumo, dentre outros para o ambiente digital. Contudo, estes levantamentos ainda estão sendo realizados. Até o momento, o mapeamento feito no Brasil que levou em consideração este período foi o "Painel TIC COVID-19: sobre o uso da *internet* no Brasil durante a pandemia do novo coronavírus", entretanto, esta investigação teve como público-alvo apenas os indivíduos que já possuem acesso à *internet*.

Em que pese o uso da *internet* no país estar bastante disseminado, algumas regiões, em especial a Norte e Nordeste, possuem um número mais expressivo de pessoas à margem do mundo digital. Somado a isto, o IBGE também identificou que o acesso através do celular, que é o mais frequente (em 99,2% dos domicílios o telefone móvel era utilizado para este fim), ainda enfrenta dificuldades em algumas áreas por estarem fora do alcance do sinal de todas as operadoras (Ibidem, p. 7).

Diante deste cenário, alguns autores (MOREIRA, 2020) problematizam o acesso à justiça digital no Brasil, tendo em vista que essa digitalização não pode constituir mais um obstáculo aos cidadãos e aos profissionais do Direito. Pela perspectiva desses estudiosos, os benefícios proporcionados pelo uso da tecnologia no âmbito do Judiciário estão associados, sobretudo, à agilidade na tramitação do processo e à redução

de custos, sem preocupação, propriamente, com os usuários do sistema (Ibidem, p. 235).

Porém, as normativas publicadas, recentemente, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontam que a utilização da *internet* para a prestação dos serviços judiciários é uma escolha das partes, sem qualquer caráter impositivo.

A Resolução nº. 345 de 2020 do Conselho Nacional de Justiça cria o Juízo 100% Digital e, com isso, todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto através da *internet*.

Cabe destacar que a escolha pelo Juízo 100% Digital é facultativa e será exercida pela parte demandante no momento da distribuição da ação, podendo a parte demandada opor-se a essa opção até o momento da contestação. Ou seja, tanto o autor quanto o réu possuem autonomia para decidirem se o encaminhamento por esta via eletrônica é viável na circunstância em que se encontram.

O fato da produção probatória ou de outros serviços do tribunal (como solução adequada de conflitos, cumprimento de mandados, centrais de cálculos) serem realizados presencialmente não impede que a parte se valha do Juízo 100% Digital, desde que os atos processuais possam ser convertidos em eletrônicos.

Nestes sistemas, as audiências ocorrerão exclusivamente por videoconferência e o atendimento dos advogados pelos magistrados e servidores ocorrerá também de forma eletrônica durante o horário fixado para o atendimento ao público, observando-se a ordem de solicitação, os casos urgentes e as preferências legais.

Em dezembro de 2020, o CNJ publicou ainda a Resolução nº. 358 de 2020, que regulamentou a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário por meio da conciliação e mediação. O objetivo é fazer com que os tribunais de todo o país disponibilizem, até junho de 2022, um sistema informatizado para a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação (SIREC). É importante destacar que este será mais um serviço disponível às partes que poderão optar pela realização das sessões presenciais ou através desta plataforma.

4. CONCLUSÕES

O uso de tecnologias para incrementar o acesso à justiça faz parte da sexta onda ou dimensão identificada pelo *Global Access to Justice Project*, que deu continuidade aos estudos do Projeto Florença iniciados em meados da década de 1990.

No Brasil, o tema do acesso à justiça digital é tratado com certa preocupação por alguns autores, sendo os principais argumentos o fato de que uma parcela considerável da população brasileira não tem a rede à sua disposição e não sabe utilizar a ferramenta.

Os dados coletados pelo IBGE na PNAD Contínua TIC que tiveram 2018 como ano-base mostraram que aproximadamente 80% dos lares brasileiros contavam com acesso à *internet* e, a expressiva maioria, com banda larga.

A tendência é que a pandemia tenha contribuído para o crescimento do uso da *internet* dos domicílios do país, porém ainda não há um levantamento que quantifique, propriamente, esta questão.

As recentes normativas publicadas pelo CNJ, em especial, as Resoluções nº. 345 e 358, têm o objetivo de ampliação do acesso à justiça em ambiente digital sem qualquer imposição às partes. Elas têm a liberalidade de escolher por esta via e ter todo o trâmite processual, inclusive as audiências, realizados eletronicamente.

Esta proposta não se apresenta como mais um obstáculo ao acesso à justiça, mas pelo contrário, permite que aquelas pessoas que já possuem familiaridade com a rede (um conjunto expressivo de brasileiros segundo os resultados PNAD Contínua) possam utilizá-la para a prestação dos serviços judiciários e aufiram benefícios de uma tramitação processual mais célere e com redução de deslocamentos.

Assim, aqueles que desejarem seguir pelo formato tradicional, com a prestação dos serviços judiciários de forma presencial, podem fazê-lo sem qualquer problema. Inclusive, esta continua sendo a regra, a não ser que a parte autora encaminhe a demanda ao Juízo 100% Digital e o réu não se oponha até a contestação, conforme dispõe o artigo 3º da Resolução nº. 345 do CNJ.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

As ondas renovatórias do italiano Mauro Cappelletti como conjunto proposto a efetivar o acesso à justiça dentro do sistema jurídico brasileiro, 1 de setembro de 2016. Disponível em < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/as-ondas-renovatorias-do-italiano-mauro-cappelletti-como-conjunto-proposto-a-efetivar-o-acesso-a-justica-dentro-do-sistema-juridico-brasileiro/> acesso em 13 de abril de 2021.

BRASIL. Lei nº 1.060 de 05 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm> acesso em 12 de abril de 2021.

_. Lei nº. 4.717 de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm> acesso em 12 de abril de 2021.

_. Lei nº. 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm> acesso em 12 de abril de 2021.

_. Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do Consumidor e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm> acesso em 12 de abril de 2021.

_. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> acesso em 12 de abril de 2021.

_. Lei nº. 12.016 de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm> acesso em 13 de abril de 2021.

_. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> acesso em 12 de abril de 2021.

_. Lei nº. 11.419 de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm> acesso em 15 de abril de 2021.

_. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua sobre Tecnologia da Informação e Comunicação (PNAD Contínua TIC). Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca- catalogo?view=detalhes&id=2101705> acesso em 15 de abril de 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 185 de 18 de dezembro de 2013. Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1933> acesso em 15 de abril de 2021.

_. Resolução nº 345 de 9 de outubro de 2020. Dispõe sobre o "Juízo 100% Digital" e dá outras providências. Disponível em < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512> acesso em 16 de abril de 2021.

_. Resolução nº 358 de 2 de dezembro de 2020. Regulamenta a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário por meio da conciliação e mediação. Disponível em < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3604> acesso em 16 de abril de 2021.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do "Movimento de Acesso à Justiça": epistemologia versus metodologia? Disponível em <http://gajop.org.br/justicacidada/wp-content/uploads/Lendo-as-Ondas-do-Movimento-de-Acesso-aa-Justica.pdf> acesso em 15 de abril de 2021.

GLOBAL ACESS TO JUSTICE. Contexto Histórico. Disponível em <http://globalaccesstojustice.com/historical-background/?lang=pt-br> acesso em 10 de abril de 2021.

JAQUES, Abner da Silva; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. Teledemocracia e cidadania na era das tecnologias: *Revista Em Tempo*, [S.l.], v. 19, n. 1, ago. 2020. Disponível em <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3158> acesso em 13 de abril de 2021.

MOREIRA, Tássia Rodrigues. O acesso democrático à justiça na era da tecnologia: uma questão de política pública. In: SILVA, Juvêncio Borges; BELLINETTI, Luiz Fernando; TAVARES NETO, José Querino. II Encontro Virtual do Conpedi. *Acesso à Justiça II*, 2020, pp. 228-243. Disponível em <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/nl6180k3/2i8uuq04/os73m777Ys9VIU9S.pdf> acesso em 13 de abril de 2021.

OECD Digital Economy Outlook 2020. Chapter 4. Digital uptake, usage and skills. Disponível em <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/bb167041- en/1/3/4/index.html?itemId=/content/publication/bb167041-en&_csp_=509e10cb8ea-8559b6f9cc53015e8814d&itemIGO=oecd&itemContentType=book#figure-4-1> acesso em 16 de abril de 2021.

OECD.Stat. ICT Access and Usage by Households and Individuals, 2020a. Disponível em < https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=ICT_HH2> acesso em 16 de abril de 2021.

Painel TIC COVID-19: sobre o uso da *internet* no Brasil durante a pandemia do novo coronavírus, 3ª edição: Ensino remoto e teletrabalho, 2020. Disponível em < https://www.cgi.br/publicacao/painel-tic-covid-19-pesquisa-sobre-o-uso--da-internet-no-brasil-durante-a-pandemia-do-novo-coronavirus-3-edicao/> acesso em 16 de abril de 2021.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. Reflexões sobre o "acesso à Justiça" qualitativo no Estado Democrático de Direito. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3525, 24 fev. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23802> acesso em 15 de abril de 2021.

PEREIRA, Mariana Musse; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O acesso à ordem jurídica justa no procedimento administrativo ambiental. In: SILVA, Juvêncio Borges; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; MACHADO, Edinilson Donisete. XXIV Congresso Nacional do Conpedi. *Acesso à Justiça I*, 2015, pp. 336-360. Disponível em <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/4qiqydiv/3HNDQVWE3j44EHqP.pd f> acesso em 10 de abril de 2021.

REFLEXÕES SOBRE A ATIVIDADE JURISDICIONAL FRENTE À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

VENEZIA, Daniele Ramos[1]

1 Aluna do curso de pós-graduação em direito intelectual pela Universidade de Lisboa e Associação Portuguesa de Direito Intelectual - APDI, mestre em sociologia e direito pelo Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito – PPGSD/UFF, consultora jurídica da Distribuidora de Filmes S.A. RIOFILME, dnlvenezia@gmail.com

RESUMO

Este texto apresenta o cooperativismo judicial como um instrumento do julgador para corresponder às demandas do atual contexto de inovação tecnológica inerente à sociedade de informação e do conhecimento. Dado o advento da Lei 13.709/2018 são conferidos aos julgadores novos paradigmas para resguardar o direito à privacidade na sua dimensão de proteção de dados pessoais. São analisados três casos de estudo; a suspensão por decisão liminar da comercialização de dados realizados pela SERASA S.A.; a suspensão da Medida Provisória Nº 954/2020 por decisão em medida cautelar de ação direta de inconstitucionalidade; e a determinação para que a Companhia Metropolitano de São Paulo apresente provas de conformidade da implantação de sistema de reconhecimento facial com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que ilustram a relevância de um processo judicial participativo, célere e efetivo para a atividade judicante.

Palavras-chave: Sociedade da informação; cooperativismo judicial; direito à privacidade; LGPD.

1. INTRODUÇÃO

As questões depreendidas do desenvolvimento tecnológico e do paradigma da sociedade da informação impõem desafios para a atividade jurisdicional. Há um arcabouço legislativo que promove contornos jurídicos e o estiramento de direitos fundamentais diante das possibilidades tecnológicas. E ainda inusitados conflitos para solução judicial.

Nessa esteira, o trabalho tem por escopo refletir sobre a relevância do cooperativismo judicial para a atividade judicante, com destaque para a proteção de dados pessoais e o novo paradigma legal introduzido pela Lei 13.709/2018.

A análise é dividida em duas partes. Inicialmente revisita as disposições legais e doutrinárias sobre o cooperativismo judicial e apresenta a importância do princípio para o aprimoramento do resultado da atividade jurisdicional. Na primeira parte trata também da proteção dos dados pessoais e dos princípios da Lei Geral de Proteção de Dados.

A segunda parte do trabalho apresenta três casos de estudo para discussão. Os três casos tratam de julgados recentes sobre a violação do direito à privacidade em sua roupagem de proteção de dados pessoais. Os casos se destacam pela necessidade da atuação participativa, ainda que de forma branda, e célere do julgador.

Em suma, o trabalho conclui que as inovações tecnológicas causam situações de açoitamento dos direitos fundamentais, que por conseguinte, impõem uma atividade judicante participativa, célere e efetiva.

O método de abordagem utilizado no trabalho foi o dedutivo, a partir da análise das premissas advindas da legislação e da jurisprudência. E, como método de procedimento, o monográfico.

2. COOPERATIVISMO JUDICIAL E A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

2.1. Princípio da Cooperação

A clássica tríade da relação processual apresenta a relação entre as partes, a partir da tese e da antítese, diálogo, no qual o detentor do poder jurisdicional, pouco se manifesta, e quando o faz é pelas formalidades do processo, pautado pelo princípio da inércia, até o momento do provimento jurisdicional. Críticos da visão clássica da relação processual introduziram uma perspectiva ativista do juiz no processo, sob o alicerce do devido processo legal e da efetividade das decisões judiciais. Quanto às partes o direito processual brasileiro também já havia consolidado a

conduta pautada na boa fé e na lealdade processual, na qual a violação incorre o instituto da litigância de má fé.

O Novo Código de Processo Civil inaugura, na redação do artigo 6º[2], a positivação da perspectiva ativista do juiz no processo.

Assim, as partes deixam de agir em juízo tão somente quanto aos seus objetivos sobre o mérito e passam a ter responsabilidade quanto à conduta processual. O cooperativismo para as partes abrange a lealdade e boa-fé processual, mas também extrapola ambos, pois as partes tornam-se corresponsáveis para o atendimento da finalidade do processo de prover o mérito justo e efetivo da lide, em tempo razoável.

O juiz, por sua vez, deixa de figurar como fiscal e executor de regras e atos da burocracia do processo judicial e passa a atuar inclusive no contraditório e na persecução probatória.

2.2 Deveres de Cooperação Recíproca

A cooperação recíproca entre as partes e o juiz pode ser compreendida no desdobramento dos seguintes deveres:

a) Dever de prevenção;

b) Dever de esclarecimento;

c) Dever de auxílio;

d) Dever de consulta;

e) Dever de correção e urbanidade

O *dever de prevenção* consiste na responsabilidade do juiz em apontar eventuais vícios processuais de forma precisa e clara para o devido saneamento. E no dever das partes de cumprirem as questões apontadas pelo juiz, de forma a dar o prosseguimento ao processo.

O *dever de esclarecimento* reside na obrigação do juiz de estar à disposição das partes para sanar quaisquer dúvidas que possuam sobre o desenvolvimento processual.

2 Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

O *dever de auxílio* implica na obrigação do juiz em prestar auxílio às partes, no exercício de seus ônus ou deveres processuais de forma a prover uma relação processual equânime.

O *dever de correção e urbanidade* impõem ao juiz e às partes a adoção de conduta adequada, ética e respeitosa, sobretudo para o juiz em sua atividade judicante.

A cooperação recíproca no processo reforça a necessidade do equilíbrio na relação processual e promove tons mais marcantes do princípio do contraditório no processo judicial. Assim, o juiz antes de decidir sobre questão de ordem pública ou questão nova deverá submeter à manifestação das partes, em conformidade com os artigos 9º e 10 do Novo Código de Processo Civil[3].

Portanto, a cooperação recíproca no processo judicial abrange uma atividade judicante pautada na lealdade, comunicação e harmonia da relação processual, e na congruência entre os atos do processo e a decisão.

2.3 Princípios da Lei Geral de Proteção de Dados

Antes de adentrar a análise dos princípios da Lei Geral de Proteção de Dados vale passar pelo direito nuclear inserto na proteção de dados, o direito à privacidade e intimidade.

A consolidação do instituto da privacidade e intimidade da pessoa humana ocorre após a conquista das liberdades individuais, fruto das revoluções burguesas, que evidenciaram o fim do sistema feudal e o desenvolvimento do capitalismo. Assim, claramente nota-se a contraposição entre o direito à privacidade e intimidade, como um direito do indivíduo, e a atuação do Estado.

O advento da sociedade informacional ou capitalismo informacional (CASTELLS, 1999, p. 39), que decorre da tecnologia da informação e de um novo arranjo de produção capitalista entre o final do Século XX para o Século XXI, acena um novo dimensionamento do direito à privacidade, diante da *internet*, redes sociais e meios de comunicação de massa.

3 Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

O direito à privacidade deixa de ser tão somente uma limitação da atuação do Estado e passa a ser uma limitação também para terceiros, com destaque para as gigantes tecnológicas.

Ao longo do Século XX o direito à privacidade tornou-se postulado do direito internacional, sendo positivado em convenções e tratados e outros documentos, em especial no período de reconstrução pós II Guerra Mundial, com o objetivo de proteger o direito fundamental e garantir o seu exercício entre os indivíduos das nações signatárias. No país, o direito de privacidade tem guarida na Constituição da República de 1988, que prevê nos incisos X, XI e XII em seu artigo 5º[4] a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem das pessoas, da casa e dos dados e comunicações.

Assim, o poder constituinte, na esteira da comunidade internacional, conferiu ao direito à privacidade a natureza de direito e garantia fundamental e o desdobrou no direito à intimidade, à honra e à imagem, no sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, excetuando-se as hipóteses decorrentes de ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal

Assim como o direito à privacidade, a Lei Geral de Proteção dos Dados foi introduzida no ordenamento jurídico do país, a partir de instrumentos da comunidade internacional, fruto da necessidade do comércio internacional. Em grande medida a Lei Geral de Proteção dos Dados foi inspirada no Regulamento Geral de Proteção de Dados, instrumento da União Europeia para o controle dos dados pessoais.

A Lei Geral de Proteção de Dados inaugura no nosso ordenamento jurídico a proteção infralegal dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, con-

4 Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

- a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

- é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

soante disposto no primeiro artigo[5], com a aplicação de amplitude nacional e observância pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Lei Geral de Proteção de Dados tem como fundamento os postulados pautados no direito à privacidade (i); à autodeterminação informativa (ii); à liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião (iii); na inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (iv); no desenvolvimento econômico e tecnológico e na inovação (v); na livre iniciativa, na livre concorrência e na defesa do consumidor (vi); e nos direitos humanos, no livre desenvolvimento da personalidade, na dignidade e no exercício da cidadania pelas pessoas naturais (vii).

Para conferir legitimidade ao tratamento de dados a Lei Geral de Proteção de Dados dispõe que a operação deverá observar a boa-fé e os princípios[6] da finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação,

5 Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (LGPD)

6 I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

- adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

- necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

- livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

- qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

- transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

- segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

- prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

- não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

responsabilização e prestação de contas, que pautam os deveres e obrigações dos controladores e operadores.

Cumpre destacar que a Lei Geral de Proteção de Dados assegura a titularidade de dados pessoais à pessoa natural e garante os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, consoante a lei[7], com o escopo de efetivar o livre desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania[8]. A norma confere ao titular de dados pessoais prerrogativas sobre seus dados ligadas a obrigações legais do controlador, mediante requisição a qualquer momento[9].

Outra prerrogativa do titular de dados pessoais é o direito à revisão da tomada de decisão com base no tratamento automatizado dos seus dados pessoais[10].

Por fim, cumpre destacar o direito à autodeterminação informativa, que reside no direito da pessoa natural de controlar seus dados pessoais

---

- responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

7 Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.

8 Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

9 Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

I - confirmação da existência de tratamento; II - acesso aos dados;

- correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;

- anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

10 Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

§ 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

com a garantia da tomada de decisão sobre poder ser ou não os seus dados objeto de tratamento pelo controlador ou operador, bem como a garantia de acessar os dados tratados para exigir correção ou cancelamento.

3 CASOS DE ESTUDO SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

3.1. Caso SERASA S.A.

O desembargador Cesar Loyola da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em 20/11/2020, proferiu decisão em Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público contra decisão do juízo da 5ª Vara Cível de Brasília/DF que, nos autos da Ação Civil Pública nº 0736634-81.2020.8.07.0001, ajuizada em face de SERASA S.A. deferiu a antecipação de tutela para liminarmente suspender a comercialização de dados pela Agravada.

O Ministério Público através da Unidade Especial de Proteção de Dados e Inteligência Artificial identificou que a Agravada estava comercializando dados pessoais de brasileiros como, sexo, idade, poder aquisitivo, classe social, localização, modelos de afinidade e triagem de risco.

O *Parquet* aduz que a Lei Geral de Proteção de Dados dispõe sobre um conceito amplo de tratamento de dados pessoais, sendo considerado irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dos dados pessoais pode esperar. Alega, também, que o diploma normativo impõe a necessidade de uma manifestação específica para cada uma das finalidades para as quais o dado está sendo tratado, por isso a comercialização, nos moldes feito pela Agravada, seria ilegal/irregular, pois fere o direito à privacidade das pessoas, bem como seus direitos à intimidade e à imagem, o que inclui o direito à proteção de seus dados pessoais, bem como que o seu respectivo tratamento seja feito de forma adequada

O desembargador conclui que mesmo em sede de cognição sumaríssima, foi possível vislumbrar a relevância da argumentação jurídica exposta pelo Ministério Público, evidenciando a probabilidade do direito invocado na ação coletiva, com base no artigo 7º, inciso I, da Lei 13.709/18, que trata da necessidade do consentimento do titular de dados pessoais para o tratamento dos dados. Também não há dúvida sobre a aplicação da disposição normativa à Agravada, nos termos do

artigo 5º, inciso X, da Lei 13.709/18. Além disso, o julgador destaca o § 5º, do artigo 7º, Lei 13.709/18[11]

O julgador pondera preponderar os valores do direito à privacidade em detrimento do desenvolvimento econômico e tecnológico, da inovação, da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor. Assim, o julgador fundamenta a decisão que defere a antecipação de tutela para determinar a suspensão da comercialização de dados pessoais dos titulares por meio dos produtos *Lista Online* e *Prospecção de Clientes*, sob pena de multa no valor de R$5.000,00 por cada venda efetuada em desconformidade com a decisão.

3.2. Caso Medida Provisória Nº 954/2020

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal referendou as medidas cautelares deferidas pela ministra Rosa Weber, relatora, em cinco ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas para análise da Medida Provisória Nº 954/2020, que prevê o compartilhamento de dados dos usuários do serviço telefônico fixo comutado e do serviço móvel pessoal, pelas empresas prestadoras, com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com o fito de produzir estatística durante a pandemia da Covid-19.

A julgadora suspendeu os efeitos da Medida Provisória Nº 954/2020 com fundamento; no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018, que trata do respeito à privacidade e à autodeterminação informativa; na necessidade da concessionária e do ente público assegurarem mecanismos de proteção e segurança dos dados; a garantia de que os dados pessoais manipulados correspondam a finalidade e não sejam excessivos ao propósito.

Assim, a julgadora considera que a Medida Provisória Nº 954/2020 não está de acordo com a garantia do devido processo legal, na sua dimensão subjetiva, pois não explica apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados.

3.3. Caso Metrô de São Paulo

A Companhia Metropolitano de São Paulo adquiriu por contrato administrativo serviço de implantação de sistema de reconhecimento facial.

11 Artigo 7º

§ 5º O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do caput deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei. (LGPD)

A Defensoria Pública e as associações ingressaram conjuntamente com ação judicial em face da Companhia com o fito de evitar violações massivas do direito à privacidade e, defender os interesses de todos os usuários do Metrô.

A juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, no dia 28 de abril de 2020, deferiu o pedido de antecipação de provas e determinou que o Metrô apresente os documentos que nortearam a licitação, tais documentos deveriam esclarecer a forma de obtenção do consentimento de pais ou responsáveis para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, a forma de armazenamento dos dados pessoais coletados, e os critérios de compartilhamento dos dados pessoais com órgãos governamentais e privados. Além do mais a juíza também determinou que a Companhia do Metropolitano de São Paulo apresentasse o relatório de impacto à proteção de dados pessoais previsto na Lei Geral de Proteção de Dados[12].

A Companhia do Metropolitano de São Paulo apresentou, em juízo, tão somente os documentos relacionados à licitação, que demonstram a ausência de estudo e da definição de requisitos básicos para garantir a segurança na governança dos dados a serem coletados e armazenados, e ainda a ausência de mecanismos de segurança para a proteção de dados pessoais dos usuários do metrô e para a proteção dos dados pessoais de crianças e de adolescentes. Em suma, restou provado que a implantação do referido sistema de reconhecimento facial no metrô de São Paulo não estava adequada aos paradigmas da Lei Geral de Proteção de Dados e violaria na atual dimensão o direito à privacidade dos usuários.

4. CONCLUSÕES

A presente reflexão tem por estreita pretensão demonstrar alguns desafios para a atividade judicante na sociedade informacional.

As ferramentas tecnológicas em grande medida podem e devem auxiliar o juiz na busca pela solução da lide em tempo razoável e efetiva, mas a conduta clássica do julgador ainda atrelado à inércia, e a dificuldade de formar um corpo técnico auxiliar impedem avanços mais significativos para o processo judicial no atual contexto.

A sociedade informacional também criou um cabedal de disposições normativas que regulam os recursos tecnológicos nos diversos

12 Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

XVII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco;

segmentos e atividades das organizações e dos indivíduos. As disposições normativas relacionadas à proteção de dados pessoais têm como norte o direito fundamental à privacidade e intimidade e promovem o contorno jurídico para a restrição ou a autorização ao acesso dos dados pessoais.

Três casos de estudo são apresentados para demonstrar como a Lei Geral de Proteção de Dados abastece a atividade judicante de meios para a proteção dos dados pessoais.

No caso SERASA S.A. há um protagonismo do Ministério Público na proteção dos dados pessoais, através da pretensão em ação civil pública para suspender a comercialização de dados. O julgador, em cognição sumária, com fundamento na ponderação de valores presentes na Constituição da República e na Lei Geral de Proteção de Dados não hesitou em dar preponderância ao direito fundamental à privacidade e determinou a suspensão do negócio.

No caso da Medida Provisória Nº 954/2020, no qual o Executivo determina o compartilhamento de dados pessoais das concessionárias de serviço de telecomunicações para o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a julgadora no exercício do controle de constitucionalidade, suspende a vigência do ato do Executivo, com fundamento na desconformidade com os preceitos da Lei Geral de Proteção de Dados e, por conseguinte na violação à garantia do devido processo legal, já que o ato normativo não explica de forma apropriada como e para que serão utilizados os dados coletados.

O terceiro caso, implantação de sistema de reconhecimento facial no metrô de São Paulo, destaca-se pela pretensão autoral de antecipação de provas que deferida pela julgadora pôs luz sobre a importância do Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais – RIPD.

Os direitos fundamentais são fustigados no despontar da sociedade informacional. Os recursos tecnológicos possibilitam situações inusitadas, que provocam a necessidade da tomada de solução rápida e efetiva, por parte do julgador. As questões relacionadas, no presente trabalho, quanto à proteção de dados pessoais, transparecem a urgência de uma atividade judicante participativa no processo judicial, de forma a resguardar, diante das inovações tecnológicas, os direitos protetivos.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015- 2018/2018/lei/l13709.htm

CALTELLS, Manuel. *A sociedade em rede - a era da informação: economia, sociedade e cultura.* v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DE MARCO, Carolinsk. *O princípio da cooperação à luz do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://carolinsk.jusbrasil.com.br/artigos/340864907/o--principio- da-cooperacaoa-luz-do-novo-codigo-de-processo-civil-ncpc

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

LANA, Pedro de Perdigão; PEREIRA, Alexandre Libório Dias; WACHOWICZ, Marcos. *Novos direitos intelectuais*: estudos luso-brasileiros sobre propriedade intelectual, inovação e tecnologia. Curitiba: Gedai, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição* Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOTAS SOBRE A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes[1]

1 Doutor em Direito. Professor Adjunto do Departamento de Direito (VDI) da Universidade Federal Fluminense (UFF) e líder do Grupo de Estudos sobre Jurisdição, Constituição e Processo. Currículo Lattes disponível em: http://lattes.cnpq.br/5258647698639534. E-mail: matheus.vgm@outlook.com.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo traçar considerações a respeito do art. 139, IV, do CPC. Trata-se de dispositivo que supera as previsões do CPC/73, autorizando a fixação de meios executivos atípicos no âmbito da execução para o pagamento de quantia certa, além da seara das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro. A metodologia utilizada foi a bibliográfica. E desenvolveu-se a ideia de que a utilização de tal dispositivo pode repristinar o velho positivismo normativista, de cariz kelseniano e hartiano, demonstrando-se a defesa de uma discricionariedade interpretativo-decisória. Demonstrando-se, também, um descompromisso com o art. 489 do CPC, com fundamentações insuficientes quando da decisão que fixa tais meios executivos.

Palavras-chave: execução civil; meios executivos; atipicidade; fundamentação; intepretação.

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho foram traçadas algumas considerações a respeito da atipicidade dos meios executivos no âmbito do CPC/2015, especialmente a partir da inovação presente no art. 139, IV: "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe [...] determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária".

Sob a perspectiva exposta, foram desenvolvidas algumas contribuições em torno de debate não iniciado em 2015, com o novo Código, mas sim desde o CPC/1973, e as discussões sobre os alcances e limites do intitulado "Princípio Geral da Efetivação", restrito, à época, às obrigações de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro.

Para tanto, com o desenvolvimento da metodologia bibliográfica, serão traçadas considerações a respeito da não-superação do positivismo de cariz normativista, não encampando as perspectivas dworkinianas sobre coerência e integridade, mantendo-se a defesa de certa discricionariedade interpretativo-decisória, descumprindo comandos normativos do próprio CPC/2015 e de direitos fundamentais processuais.

2. NOTAS INTRODUTÓRIAS AO ART. 139, IV DO CPC

O art. 139, IV, do CPC tem sido visto pela dogmática especializada como sendo um tipo de *cláusula geral processual executiva,* consistindo em espécie de "texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado" (DIDIER JR *et al.*, 2020, p. 104). Existindo, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura normativa (DIDIER JR *et al.*, 2020, p. 104). Daí, a informação também comumente divulgada, que:

> A existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional. O órgão julgador é chamado a interferir mais ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos. As cláusulas gerais servem para a realização da justiça do caso concreto. (DIDIER JR *et al.*, 2020, p. 105)

A partir desta consideração inicial também podemos encontrar no âmbito dogmático-processual raciocínio que de forma resumida seria: ora a utilização dessa "cláusula geral processual executiva" (STRECK; NUNES, 2016; DIDIER JR *et al.*, 2020, p. 104) proporcionaria uma liberdade interpretativo-decisória ao magistrado, ora geraria um conflito principiológico (não raro identificado pela efetividade da execução *versus* menor onerosidade possível) cuja solução se dá preponderantemente pelo uso da proporcionalidade (com aplicação – ou apenas indicação de seu uso –da teoria de Alexy (2001, 2008)), da razoabilidade, ou de outros 'meios/métodos' utilizados como solução de tal conflito.

Nesse contexto, perspectivas ditas pós-positivistas, normalmente autointituladas como *neo*constitucionalistas (apesar das inúmeras variações possíveis existentes em sede doutrinária, o que nos impossibilita de integrarmos todas num único movimento constitucional)[2] costumam seguir tal caminho, apesar das inúmeras variações de propostas doutrinárias normalmente circundantes em torno das soluções dos conflitos principiológicos. Por outro lado, aqueles que se mantêm comprometidos com um efetivo Constitucionalismo Contemporâneo (STRECK, 2014c), com traços pós-positivismo- normativista, deve-se entender que não há solução possível para a utilização do art. 139, IV, do CPC sem uma reformulação das bases filosóficas e teóricas anteriormente (e, infelizmente, ainda muito utilizadas, apesar de outras nomenclaturas serem escolhidas) utilizadas, principalmente acerca do conceito de interpretação e de decisão judicial. Não há como manejar-se o referido dispositivo sob um viés puramente infraconstitucional, fechando os olhos para a necessária análise de sua 'legalidade constitucional' (STRECK, 2014d).

Como bem afirmaram Streck e Nunes (2016):

> Todos sabem que este dispositivo aumenta o espectro de aplicação do §5º do artigo 461, do CPC/1973 (atual artigo 536, §1º) permitindo uma cláusula geral de efetivação para todas as obrigações, inclusive as pecuniárias de pagar quantia, mas que obviamente precisará se limitar às possibilidades de implementação de direitos (cumprimento) *que não sejam discricionárias* (ou verdadeiramente autoritárias) e que não ultrapassem os limites constitucionais, por objetivos meramente pragmáticos, de restrição de direitos individuais em detrimento do devido processo constitucional. Parece-nos óbvio isso. Sob pena de pensarmos que o CPC simplesmente disse: se alguém está devendo, o juiz pode tomar qualquer medida para que este pague.

2 Daí tradicional obra de Carbonell (2009) aludir-se a neoconstitucionalismos.

Contudo, muitas vezes o que se percebe são perspectivas de cunho essencialmente positivistas normativistas e/ou descumpridoras do direito fundamental à fundamentação da decisão judicial. Novamente, tratam-se de posturas teóricas que buscam que as entendam como portadoras e defensoras dos ganhos de um constitucionalismo pós-1945, porém, não conseguem se desvincular das lições kelsenianas e hartianas descambando para o uso da discricionariedade interpretativo- decisória, chegando até, não raro, a claramente abandonar as linhas mestras de Robert Alexy (2001, 2008) no que tange à técnica da ponderação (pois tais perspectivas normalmente utilizam variações de tal técnica para decisões judiciais), para construir pretensos critérios e métodos que possam de alguma forma legitimar a defesa de um exercício claro do poder discricionário hartiano.

Ainda sobre esse ponto, uma rápida análise já nos demonstra a clara semelhança entre as diversas posturas teóricas e jurisprudenciais no uso do referido dispositivo, ressuscitadoras (sob outra roupagem e linguagem pretensamente justificadora e contemporânea) da antiga moldura kelseniana e sua interpretação como *ato de vontade*. Daí que "a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que [...] têm igual valor" (KELSEN, 2003, p. 390–391).

Portanto, para Kelsen (2003, p. 392–395)[3], não é possível o estabelecimento de qualquer critério para se definir *entre qual das respostas possíveis* uma deve ser *escolhida*. Trata-se da conhecida discricionariedade interpretativo-decisória, que em nosso tema normalmente é contextualizada a partir da ampla liberdade de interpretação dos meios executivos em decorrência da *escolha* do mais adequado pelo magistrado ao caso concreto. Diante de inúmeras possibilidades, uma *escolha discricionária.* Um *ato de vontade*.

Para Streck (2014d, p. 36), Kelsen privilegiou "as dimensões semânticas e sintáticas dos enunciados jurídicos, deixando a pragmática para um segundo plano: o da discricionariedade do intérprete". E, diante da metáfora da moldura, Kelsen indica a ideia de uma postura cognitiva quando

3 Para o autor: "A idéia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação. A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a "correta", não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito." (KELSEN, 2003, p. 392–393).

da interpretação, porém, ao não indicar qualquer caminho para a definição de tais limites, a atividade interpretativa passa a ser analisada em puro ato de vontade. Daí que "o aplicador pode desrespeitar a moldura que delimita sua competência, tal como qualquer pessoa pode cometer um crime violando normas de proibição" (DIMOULIS, 2006, p. 215–216). Sendo que tal possibilidade conduz à inevitável conclusão: a existência da moldura não vincula o aplicador (STRECK, 2014a, p. 126 e ss).

Reflitamos sobre tal ideia e, talvez, possa ter sido o que aconteceu na decisão com o seguinte dispositivo:

> [...] autorizo expressamente que a Polícia Militar utilize meios de restrição à habitabilidade do imóvel, tal como suspenda o corte do fornecimento de água; energia e gás. Da mesma forma, autorizo que restrinja o acesso de terceiros, em especial parentes e conhecidos dos ocupantes, até que a ordem seja cumprida. Autorizo também que impeça a entrada de alimentos. Autorizo, ainda, o uso de instrumentos sonoros contínuos, direcionados ao local da ocupação, para impedir o período de sono. Tais autorizações ficam mantidas independentemente da presença de menores ocupantes no local, os quais, a bem da verdade, não podem lá permanecer desacompanhados de seus responsáveis legais (MIGALHAS, 2016a; ROVER, 2016).[4]

Expostas em apertada síntese tais perspectivas teórico-práticas, demonstra-se os riscos à autonomia do direito a repristinação a tais ideias, apostando em velha discricionariedade como método de solução de pretensos conflitos normativos, ou concretização de cláusulas gerais.

4 Em resumo: "O juiz Alex Costa de Oliveira, da Vara da Infância e da Juventude do DF, autorizou que a Polícia Militar utilizasse "meios de restrição à habitabilidade" da escola Centro de Ensino Asa Branca (Cemab) de Taguatinga, como "forma de auxiliar no convencimento à desocupação". O magistrado autorizou que a PM cortasse o fornecimento de água, energia e gás e restringisse a entrada de alimentos, e o acesso de terceiros na escola, inclusive parentes dos estudantes. Permitiu ainda "o uso de instrumentos sonoros contínuos, direcionados ao local da ocupação, para impedir o período do sono". A escola foi ocupada por grupos contrários à PEC 241 que prevê corte de gastos nos próximos 20 anos. Em 28 de outubro, outro juiz da Vara da Infância, Newton Mendes de Aragão Filho havia determinado a desocupação. Porém, até o dia 30, a ordem não havia sido cumprida. O oficial de Justiça teria encontrado dificuldades junto à PM para obter o auxílio necessário e acompanhamento para cumprimento da ordem judicial. Diante da informação, o juiz Oliveira reiterou o mandado de desocupação. O colégio foi desocupado na terça-feira, 1º, de acordo com a PM, sem adoção de nenhuma dessas medidas". (MIGALHAS, 2016a). Questão também analisada por Streck (2016).

3. DWORKIN, COERÊNCIA E INTEGRIDADE

Para Dworkin, uma Teoria Geral do Direito deve ser normativa e conceitual. Sua parte normativa deve conter uma teoria da legislação, da decisão judicial (*adjudication*), e da observância da lei (*compliance*). O raciocínio de Dworkin (2002, p. XVI), centra-se, especialmente, em seu argumento de que as decisões judiciais devem ser baseadas em argumentos de princípios, e não em argumentos de política (*policy*). E para Dworkin (1999, p. XII), "o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, [...] nosso direito [como integridade] constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e [...] ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis".

Portanto, a concepção de direito para Dworkin deve ser entendida a partir do "direito como integridade". Tal conceito "exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos sejam coerentes no sentido de expressarem uma visão única e abrangente da justiça. Um juiz que vise à coerência de princípio se preocuparia, de fato, como os juízes de nossos exemplos, com os princípios que seria preciso compreender para justificar leis e precedentes do passado" (DWORKIN, 1999, p. 163– 164). Para Dworkin (1999, p. 199–200), existem certos "ideais políticos", ou seja, "ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem". Tais ideais, denominadas virtudes, consistem em na: equidade, justiça e devido processo legal adjetivo.

Contudo, acrescenta Dworkin uma quarta virtude, normalmente referenciada ao conceito de justiça formal de Perelman (2005): "que os casos semelhantes devem ser tratados de forma parecida". Essa exigência conduz à que o governo "tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um dos padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns" (DWORKIN, 1999, p. 201). Como uma "exigência específica da moralidade política", Dworkin a intitula "virtude da integridade política" (DWORKIN, 1999, p. 201). E ainda divide a integridade em: princípio da integridade na legislação e princípio de integridade no julgamento. E é a partir deste segundo princípio que podemos explicar "como e por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se

deve conferir tal poder" (DWORKIN, 1999, p. 203), e podemos fundamentar a concepção do direito como integridade.[5]

Sobre tema correlato ao presente trabalho, o princípio da integridade na jurisdição, seu argumento central será que "a integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, particularmente, do modo como nossos juízes decidem os casos difíceis nos tribunais". Por isso o direito como integridade fornecerá uma melhor interpretação da prática jurídica em confronto com o convencionalismo e o pragmatismo (DWORKIN, 1999, p. 261).

Quanto a este princípio, devemos ter em mente que, "até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas" (DWORKIN, 1999, p. 261).[6]

Como dito anteriormente, a integridade guarda relação com o princípio da justiça formal, contudo, ampliando-o, no sentido de que devemos entender como diferentes a integridade e a coerência, a partir do que entendemos a segunda. E, a integridade "exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e eqüidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo" (DWORKIN, 1999, p. 264). Por isso a integridade é mais limitada que a coerência pois diz respeito a princípios, não exigindo nenhuma forma simples de coerência em termos políticos (DWORKIN, 1999, p. 266). No direito como integridade "as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, eqüidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade" (DWORKIN, 1999, p. 272).

Quanto à relação entre integridade e história, podemos afirmar que esta é muito importante para aquela. Contudo, a integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas de uma determinada comunidade política. Será exigida uma coerência muito

5 A integridade supõe "uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado", e pressupõe "que a comunidade como um todo pode se engajar nos princípios de eqüidade, justiça ou devido processo legal adjetivo de algum modo semelhante àquele em que certas pessoas podem engajar-se em convicções, ideais ou projetos, o que a muitos vai parecer uma metafisica ruim" (DWORKIN, 1999, p. 204).

mais *horizontal* que *vertical*, e o "sistema de princípios deve justificar tanto o *status* quanto o conteúdo" das decisões anteriores.[7] A noção de Dworkin sobre a interpretação criativa tem por pretensão "impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando" (DWORKIN, 1999, p. 274–275). Em tal ponto compara o juiz, quanto à sua decisão sobre o que é o direito num determinado caso, com o crítico literário de determinada peça ou poema. Ambos são autores e críticos, e nesse sentido, podemos comparar o juiz a um dos diversos autores do que se intitulou um "romance em cadeia". Como afirma Guest (2010, p. 56), "se a literatura e o direito são atividades interpretativas, então, um exame do significado da interpretação em ambas é altamente relevante".

Cada romancista, então, realizará uma interpretação em duas dimensões: a dimensão da adequação (ou "ajuste", *fit*) – quanto ao romance analisado em seu todo, considerando-se todas as produções anteriores[8] – e a dimensão da interpretação (ou "substância") – analisando quais leituras possíveis ajusta-se melhor ao romance em desenvolvimento. Ressalta-se, contudo, que não há uma distinção muito nítida entre ambas as etapas (DWORKIN, 1999, p. 277–279).

Partindo de Dworkin para o âmbito da hermenêutica filosófica trabalhado, para Streck (2014b, p. 340), o que para Dworkin consiste a integridade, no âmbito da hermenêutica filosófica pode ser considerado como respeito à autoridade da tradição autêntica. É na *resposta hermeneuticamente correta* (RHC)[9] que se encontram "integridade e coerência: a tradição filtrada/atravessada pela reconstrução linguística a partir do texto

6 O direito como integridade "começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine", e "não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram". Mas pretende, sim, "justificar que eles fizeram [...] em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado" (DWORKIN, 1999, p. 274).

7 Como registra Guest (2010, p. 53), essa dimensão/questão da adequação/ajuste *"é uma questão interpretativa em si mesma"*. Relembremos, também, que para Dworkin, a etapa "pré-interpretativa" também guarda a necessidade da interpretação.

8 Relembrando que a explicitação da RHAC deverá, então, "estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito" (STRECK, 2014 p. 412).Assim, reconhecemos a justificação como "condição de possibilidade da legitimidade da decisão" (STRECK, 2014 p. 412).

constitucional que representa o *locus* privilegiado do acontecer da atividade do jurista (*plus* normativo e qualificativo do texto constitucional compromissório e dirigente) e a garantia de que o intérprete está comprometido com a intersubjetividade que o coloca no interior de uma cadeia de sentidos: por isso, ele não 'dispõe' dos sentidos" (STRECK, 2014b, p. 413–414).

No cenário nacional Streck (2014b, p. 337) é defensor do que denomina "resposta hermeneuticamente adequada à Constituição", ou, "resposta correta", a partir de sua Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) e das ideias de Dworkin. Todavia, na tentativa de superar Dworkin, Streck (2014b, p. 370) propõe um aprofundamento da tese da resposta correta a partir de Gadamer e sua utilização na CHD, utilizando-se da diferença ontológica, *"que nada mais é do que um axioma que comanda a antecipação do sentido"*.[9]

Esse "novo olhar" para a resposta correta nos conduz, necessariamente, à necessidade da justificação exaustiva que deve ser entregue à tal "resposta". E registra- se: trata-se, para além de um problema metodológico, um problema democrático. Apostar na discricionariedade no momento da decisão judicial, em qualquer caso concreto, ainda que nos "difíceis", corresponde à substituição da democracia pela "vontade de poder" dos juízes (ou doutrina seguida pelos juízes). Uma das blindagens oferecidas para impedir tal substituição decorre da hermenêutica e seu caráter antirrelativista, vedando intepretações arbitrárias e discricionárias (STRECK, 2014b, p. 493).

A partir, especialmente de Dworkin, encontramos combustível para a defesa da "possibilidade de um acentuado grau de objetividade no argumento jurídico, pois, em uma democracia, é absolutamente necessário que possamos basear nossos argumentos em elementos minimamente objetivos, a partir dos quais é possível, sim, esgrimir argumentos verdadeiros, assim como expurgar os ilegítimos ou falsos" (STRECK, 2014b, p. 505). Assim, "a resposta (correta) será a explicitação das condições de possibilidade do compreendido (da apropriação e da filtragem dos pré-juízos forjados na tradição)" (STRECK, 2014b, p. 364). O que faz com que a resposta (correta) esteja para além da questão analítica da proposição, ou seja, ela não estará na proposição, mas numa dimensão que lhe é anterior (STRECK, 2014b, p. 365).

9 Assim: "Desta feita, mediado pela racionalidade hermenêutica fraca, o processo decisório se desenvolve através da internalização de diferentes experiências ônticas (texto normativo, elementos factuais e argumentos produzidos), capazes de promover sucessivas projeções, contínuos tensionamentos, correções e deslocamentos de horizontes, até o ponto em que a verdade interpretativa acontece para a autoridade judicante. Quando isso ocorre, encerra-se o debate, fazendo cessar as voltas no círculo hermenêutico" (MARRAFON, 2010).

E também, de uma resposta que não apenas "pretende dar conta das condições de possibilidade epistemológicas", mas que "será dada a partir de critérios que não estão ou não se resumem ao plano ôntico- proposicional, uma vez que há algo que a estrutura antepredicativamente (é por isso que o círculo hermenêutico, que conforma a compreensão do intérprete, dá-se em um nível ontológico – não clássico – anterior à distinção entre sujeito--objeto)" (STRECK, 2014b, p. 365).

A então "resposta hermeneuticamente correta" (RHC), para determinado caso, surge da "síntese hermenêutica da *applicatio*" (STRECK, 2014b, p. 410). A Constituição, entendida a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, não pode ficar à mercê de múltiplas respostas, o que ataca diretamente sua força normativa. É preciso, então, buscarmos "a construção das condições para que se alcance respostas adequadas à Constituição", o que proporciona o reconhecimento de que *"a resposta adequada passa a ser [...] um direito fundamental do cidadão"*. [10]

Complementando, o combate à discricionariedade, como condição de possibilidade para a efetiva e séria ruptura com o positivismo jurídico pode ser percebido em Dworkin, a partir de sua *the one right answer*, *a* resposta correta, e do acesso a uma moralidade institucional; em Gadamer, pela consciência da história efetual (suspensão de todo o juízo e o questionamento dos pré-juízos); em Günther, a partir da interrelação entre discursos de aplicação e a integridade parcialmente encampada de Dworkin; e em Streck, no âmbito nacional, a partir da conjugação de diversos pontos entre os dois primeiro autores (STRECK, 2014b, p. 127). E a partir da aplicação da hermenêutica filosófica ao âmbito jurídico, em especial, a partir do círculo hermenêutico e da diferença ontológica, e de Gadamer, "há uma resposta verdadeira, correta; nem a única e nem uma entre várias corretas; *apenas 'a' resposta que se dá na coisa mesma*" (STRECK, 2014b, p. 127).

Portanto, apesar das diferentes propostas, Dworkin, Günther, Gadamer, e Streck [11] (a partir da construção de sua perspectiva especialmente

10 Reconhecendo também um "direito fundamental do cidadão", Schmitz (2015, p. 170).

11 Esclarece Streck (2014b, p. 127) que "penso que há, efetivamente, uma forte ligação entre as teorias propostas por Dworkin e Gadamer. Mesmo que Dworkin tenha feito apenas três alusões à hermenêutica filosófica de Gadamer [...], é possível perceber fortes traços da hermenêutica filosófica no *Law as Integrity* dworkiniano. Das várias aproximações, é possível lembrar o antirrelativismo filosófico presente nas duas teorias, circunstância que sustenta a possibilidade de respostas (interpretações) corretas, assim como a incindibilidade entre interpretar e aplicar", e a superação do esquema sujeito-objeto. Por isso, defende que ambas as teses são antidiscricionárias, o que as

a partir dos dois últimos autores) encontram-se unidos no combate à discricionariedade interpretativa/decisória, cada qual à sua maneira. O combate à discricionariedade faz com que se reconheça, como pressuposto para o desenvolvimento do raciocínio de que, na perspectiva de um Estado *Democrático* de Direito, "não há espaço para que 'a convicção do juiz' seja o 'critério' para resolver as indeterminações da lei, enfim, os 'casos difíceis'." (STRECK, 2014b, p. 285).

Combater a discricionariedade faz com que reconheçamos que existe uma direta relação entre a exigência da fundamentação (direito fundamental), e o direito fundamental a uma resposta correta (adequada à Constituição). Assim, "construir uma decisão adequada depende de elaborar uma fundamentação igualmente adequada" (SCHMITZ, 2015, p. 154).

Por fim, como registra Streck (2014a, p. 433–434), tanto Dworkin, quanto Gadamer, não defendem qualquer forma de solipsismo. Por isso a tese da resposta correta de Dworkin, a partir de "Hércules", supera a filosofia da consciência, e deve ser considerada como uma metáfora, e entendida a partir da superação do paradigma da modernidade. Ainda no sentido de sua análise metaforicamente, devemos, também, entender como sendo uma irrelevância prática a discussão quanto à "possibilidade" ou não de sua "existência" (STRECK, 2014b, p. 368). A resposta correta é uma metáfora, e a partir disto, "estabelece-se a convicção (hermenêutica) de que há um desde-já-sempre (existencial) que conforma o meu compromisso minimamente objetiva(r), uma vez que, em todo processo compreensivo, o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na sua linguagem, chegando, assim, ao que chamamos de objetivação, como sempre nos lembra Ernildo Stein" (STRECK, 2014b, p. 396).

Em resumo, Dworkin e Gadamer, "cada um ao seu modo, *sempre procuraram controlar esse subjetivismo e essa subjetividade solipsista a partir de suas posturas antirrelativistas, do respeito à tradição, da virtuosidade do círculo hermenêutico, do respeito à integridade e da coerência do*

coloca contra o positivismo jurídico. Também, "é possível apontar para a força (e autoridade) da tradição (Gadamer) como o modo de reconstrução do direito a partir da integridade e da coerência (Dworkin), que pressupõe a *Wirkungsgeschichte* (história efetual) e provoca uma *Horizontverschmelzung* (fusão de horizontes)". Sendo certo, contudo, que Dworkin não faz referência a estas últimas ideias de Gadamer, o que não afasta a similitude entre ambos. Para conferir melhor a relação entre Dworkin e Gadamer, v. Motta (2012).

direito, de maneira que, fundamentalmente, ambas as teorias são antimetafísicas" (STRECK, 2014a, p. 436). [12]

4. RETORNANDO AO ART. 139, IV

É possível que se complemente as linhas anteriores sob outro viés: o da afronta ao direito fundamental à fundamentação da decisão judicial quando se trata das decisões judiciais que fixam meios executivos atípicos, dentre a gama de possibilidades.

Por exemplo, é possível realizar certa inferência de que decisões que normalmente se limitam a *deferir a suspensão da CNH e apreensão do passaporte* (ou outros meios executivos de um modo geral), sem qualquer outra fundamentação (normativa e fática, considerando os demais meios executivos anteriores e as inúmeras outras possibilidades existentes, conjunto processual probatório, etc.), consistem normalmente em (I) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; em (II) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; em (III) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, e em (IV) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Infelizmente, parece que no momento executório há um afastamento da necessidade de atendimento ao art. 489, §1º, do CPC. [13]

---

12 Para Abboud (2014, p. 483), tem-se requisitos mínimos para a construção da resposta correta: (i) Identificar precisamente a facticidade ínsita ao caso concreto; (ii) identificar a legalidade aplicável ao caso;

(iii) identificar as demais fontes jurídicas positivas aplicáveis ao caso; (iv) Deve haver um resgate da análise teórica do direito, mediante a incidência da fonte não positiva do direito, a doutrina; (v) Deve haver estrita relação de individualização dos pedidos do autor bem como das exceções e dos pontos de defesa do réu;

(vi) O julgador deve demonstrar porque a solução proferida por ele e superior as demais, compreendendo a apresentada por uma das partes ou presente em outras decisões; (vii) O julgador, para construir a resposta correta, deve se preocupar com as consequências jurídicas de sua decisão.

13 Registrando também o ponto, v. Streck e Nunes (2016). Registre-se, também, o Enunciado 12 do FPPC: "A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II.

Nessa perspectiva, decisões desse tipo podem demonstrar novamente práticas afinadas com o já conhecido *decido primeiro, fundamento depois* (STRECK, 2013). Podendo fomentar ainda mais, análises interpretativas superficiais e utilitaristas, complexificando sobremaneira as já danosas consequências da aplicação da *instrumentalidade do processo*, agora na seara executiva (RAATZ; ANCHIETA, 2018). Sobre outro ângulo também é possível notar, como bem fizeram Igor Raatz e Natascha Anchieta (2018), determinadas leituras do dispositivo em questão que fazem transparecer um 'juiz arauto da moral', que, atropelando direitos fundamentais processuais, corrói a autonomia do Direito condicionando a função executiva à sua visão moral (em suas diversas possibilidades e apresentações possíveis quanto à visão do magistrado). [14] Relembram os autores decisão do ano de 2016, contendo a seguinte passagem:

> O caso tratado nos autos se insere dentre as hipóteses em que é cabível a aplicação do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. Isso porque o processo tramita desde 2013 sem que qualquer valor tenha sido pago ao exequente. Todas as medidas executivas cabíveis foram tomadas, sendo que o executado não paga a dívida, não indica bens à penhora, não faz proposta de acordo e sequer cumpre de forma adequada as ordens judiciais, frustrando a.
> *Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. Se porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva.*
> Assim, como medida coercitiva objetivando a efetivação da presente execução, defiro o pedido formulado pelo exequente, e **suspendo** a Carteira Nacional de Habilitação do executado M. A. S., determinando, ainda, a **apreensão** de seu passaporte, até o pagamento da presente dívida. [...] (grifo em itálico nosso) *Determino,*

14 Nesse panorama: "Consagra-se, com isso, a figura do juiz arauto da moral, uma espécie de "juiz justiceiro" que não encontra limite algum para satisfazer sua sanha por "justiça" e pela efetividade da tutela jurisdicional — mesmo que isso custe solapar direitos fundamentais processuais. Por detrás desse discurso moralizador, coloca-se em xeque, contudo, a própria autonomia do Direito, na medida em que os limites da função executiva passam a ser facilmente superados com argumentos morais, consagrando-se, com isso, uma visão funcionalizada do Direito (e do processo), em que sua intencionalidade jurídico-problemática é deixada de lado em favor de critérios e discursos econômicos, políticos e, em sentido *lato*, morais" (RAATZ; ANCHIETA, 2018). Relembram os autores a decisão no Processo 4001386-13.2013.8.26.0011, divulgada à época no site Migalhas (2016b).

> *ainda, o cancelamento dos cartões de crédito do executado até o pagamento da presente dívida.* [...] [15]

Tal decisão parece por bem finalizar o presente item, proporcionando conclusões parciais acerca dos problemas nela identificados e descritos nos itens anteriores.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Admitimos, especialmente sob a égide de uma perspectiva dworkiniana de coerência e integridade, da inexistência de qualquer "carta branca" (ou no estilo kelseniano, liberdade de escolha) para o juiz determinar as medidas executivas que entender necessárias (STRECK; NUNES, 2016), assim como admitimos superado o *poder discricionário* hartiano a partir inicialmente da obra de Dworkin.

O compromisso com as bases teóricas já expostas anteriormente não autoriza a deixar de aplicá-las, ou a proceder com mixagens teóricas, apenas em decorrência da positivação da ideia/proposta legislativa do art. 139, IV. A utilização da proposta de Dworkin acerca da coerência e integridade (também positivada no art. 926, registremos) utilizada e temperada em território brasileiro por Streck, utilizador também das conquistas teóricas advindas de Heidegger e Gadamer (produzindo sua Crítica Hermenêutica do Direito), possui âmbito de aplicação geral ao âmbito jurídico.

Assim, admitir um Constitucionalismo Contemporâneo, com suas derivadas reformulações (inicialmente, quanto à teoria das fontes, da norma e da interpretação), é entender que não há como utilizar o referido dispositivo sob um viés puramente infraconstitucional, fechando os olhos para a necessária análise da 'legalidade constitucional' que deve ser buscada, e/ou utilizar-se das já conhecidas lições kelsenianas, mesmo sem admiti-las. Para além de *atos de vontade*, necessitamos de interpretações comprometidas com a coerência e integridade, respeitando-se a tradição autêntica, demonstrando-se o comprometimento do intérprete com a intersubjetividade que o coloca no interior de uma cadeia de sentidos.

A incindibilidade da análise de qualquer dispositivo infraconstitucional do panorama normativo-constitucional deve, também, chegar com mais profundidade no âmbito da execução civil. E, novamente, isso impõe

15 Registre-se, também, que encontramos perspectiva semelhante, inclusive com indicação da decisão transcrita acima, no julgamento do Agravo de Petição 0001829-87.2014.5.17.0014, em 17.06.2019, no TRT17.

compromissos teóricos com posturas realmente pós-positivistas, que exponham no âmbito interpretativo-decisório suas verdadeiras faces e propostas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial.* São Paulo: RT, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica.* Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalimo(s).* 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

DIDIER JR, Fredie *et al. Curso de Direito Processual Civil: Execução*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. v. 5

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político.* São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.
DWORKIN, Ronald. *O império do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin.* Rio de Janeiro: Elsevie, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução: João Baptista Machado. 6. 5ª tiragem.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIGALHAS. *Juiz autoriza corte de água, luz, gás e alimentos para forçar desocupação em escola no DF.* Migalhas, [*s. l.*], n. 03/11/2016, 2016a. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/248397/juiz-autoriza-corte-de-agua-luz-gas-e-alimentos-para-forcar-desocupacao-em-escola-no-df. Acesso em: 1 mar. 2021.

MIGALHAS. *Passaporte é apreendido para forçar homem a quitar dívida.* 2016b. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/245189/passaporte-e-apreendido- para-forcar-homem-a-quitar-divida. Acesso em: 1 abr. 2021.

MOTTA, Cristina Reindeolff. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PERELMAN, Chaim. *Tratado da Argumentação: A nova retórica.* Tradução: Maria Ermanantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. O juiz "arauto da moral" e o fim dos limites políticos da execução. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, n. 10/04/2018, 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/opiniao-juiz-arauto-moral- limites-politicos-execucao

ROVER, Tadeu. Contra estudantes, juiz autoriza uso de técnica de tortura usada pela CIA. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, n. 01/11/2016, 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/estudantes-juiz-autoriza-tecnica-tortura-usada- cia. Acesso em: 1 mar. 2021.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: RT, 2014b.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - o Constitucionalismo Contemporâneo. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 27–41, 2014c. Disponível em: https://doi.org/10.21902/rctjsc.v1i2.64

STRECK, Lenio Luiz. Tortura em Brasília: Ao caçar coelhos, mataremos a borboleta azul! *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. n. 01/11/2016, 2016. Disponível em:

https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/streck-tortura-brasilia-cacar-coelhos-mataremos-borboleta. Acesso em: 1 mar. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2014d.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o art. 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, n. 25/08/2016, 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art- 139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio. Acesso em: 1 mar. 2021.

A HERMENÊUTICA DO PERÍODO PÓS-METODOLÓGICO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

LIMA, Marcelo Machado Costa[1]
BRAGA JÚNIOR, Getúlio Nascimento[2]

1 Pós-doutorando em Direito Constitucional-Econômico pela Università degli Studi "G.D'Annunzio" Chieti-Pescara em cooperação interinstitucional com a Università di Roma Tor Vergata. Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (PPGD-UNESA). É líder do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo(s), Direitos e Democracia DGP/CNPq UNESA. É professor de Direito Constitucional do Curso de Direito do Ibmec- RJ. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito na Universidade Estácio de Sá. Líder do Grupo de Pesquisa A Sociedade Civil e o Estado de Direito: mutações e desenvolvimento DGP/CNPq no IBMEC - Rio. marcelomclima@gmail.com

2 Doutor em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGF/UFRJ). Graduado e licenciado em Filosofia pela UFRJ. Graduado em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF). Professor Filosofia do Direito da Universidade Candido Mendes (UCAM), Universidade Estácio de Sá (UNESA) e do IBMEC-Rio. Lidera os Grupos de Pesquisa Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento DGP/CNPq (IBMEC--Rio) e o Grupo de Pesquisa Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissional - DGP/CNPq (UCAM). ge.bragajunior@gmail.com

RESUMO

O juízo, enquanto categoria natural do pensamento humano, compreende uma atividade de habituais e renovados encontros com a interpretação. O *modo de ver* do sujeito e, em particular ambiente jurídico, enquanto sujeito postulante, ou, do sujeito enquanto órgão que aprecia um pleito, compreende uma sensível área do Direito, a saber, do Processo e, portanto, da Jurisdição, vistos nesta dinâmica, os protocolos próprios e as matérias nucleares dos elementos propriamente envolvidos. Sem distar ou se perder da objetividade processual, os institutos, como os correlatos aos pressupostos de admissibilidade, por sua vez, também constituem conceitos e elementos de linguagem, que não podem ser excluídos de um trato hermenêutico. Além do pêndulo contínuo entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, presumidamente superado, temos que a interpretação é reinserida nos horizontes das preocupações humanas, no pensamento filosófico, no jurídico e, portanto, na Filosofia e na Teoria do Direito, às quais recorrem insidiosos debates processuais, na concretude do direito, sopesados nos entendimentos acerca de sua natureza substantiva e de sua processualística em juízo. Na incursão, aqui proposta, a interlocução se faz em companhia do pensamento jurídico constitucional, considerando acolhida dinâmica dialética e contributiva entre ambos, respeitando os princípios que próprios da Norma Fundamental e colaboradores da máxima efetividade do processo, para realização da justiça e observância de princípios, simultaneamente processuais e constitucionais. Nesta toada, e em um movimento mais intimamente relacionado à aplicação de princípios hermenêuticos na esfera da interpretação constitucional, busca-se demonstrar como uma adequada leitura sistêmica depende de uma conexão necessária e inafastável entre os princípios hermenêuticos no processo de interpretação constitucional (muito conhecidos como princípios específicos da interpretação constitucional) e o princípio fundamental do devido processo legal. A inquietação aqui apresentada, embora ainda não definitiva, posto que faz parte de algumas indagações em desenvolvimento, foi elaborada em base metodológica revisional de literatura filosófica e jurídica.

Palavras-chave: metodologia da interpretação; história da hermenêutica; teorias da justiça; concretização dos direitos; efetividade.

1. INTRODUÇÃO

O apuro do olhar humano é requerido no trato diário de seus problemas e desafios habituais. Para tanto, é natural que diante da imposição fática da realidade, haja uma leve derivação para segundo plano, da atividade teórica. Este pensamento, que por si só, que já constitui uma interpretação, ou uma simples forma de pensar, parece sugerir o deslocamento de relevância da atividade interpretativa. Isto porque, interroga sobre a função da própria interpretação, contrapondo e presumindo que os fatos podem falar por si. Por outro lado, nesta mesma reflexão, não seria também possível arguir que os fatos dependem de uma narrativa? Que seu conteúdo depende da linguagem? Que depende do registro? Ou da forma do registro? Ou da forma de registrar? Sistemas inteiros foram construídos a partir destas premissas, como *fatos*, ou presumidos *fatos*, que se registraram na história. No Direito e no Processo, não foi diferente. A pergunta sobre se os fatos que falam por si, neste sentido, enfrentam a transposição em narrativa que, por sua vez pode se constituir como uma interpretação e, portanto, como argumento.

É válido, tanto quanto coerente, considerar que a interpretação compreende uma atividade básica da mente humana e, que mesmo, quando não se pretende, uma interpretação está em curso sempre que se quer entender algo.

O mover interpretativo e sua construção sistêmica ao longo da estética do pensamento ocidental deparam-se com a permanente e indeclinável necessidade de escolha, do sujeito. Exercido o juízo em sua estrutura integral ou não – aquele que efetiva um resultado no rigor de etapas exigidas para validade –, uma opção sempre se faz presente entre o pensar e o agir, na qual é demandada avaliação dirigida a um fato, objeto, cenário ou a uma realidade. Em seu zelo metodológico, registrado no seu livro *Verdade e Método* e também em seu *Hermenêutica em Retrospectiva*, Gadamer, considera os comprometimentos entre a ordem textual, abstrata e conceitual diante dos elementos informativos históricos e contextuais, apontando que compreender, em seu sentido mais literal, significa em alemão, justamente representar totalmente o caso de um outro perante um tribunal, colocar-se em seu lugar (GADAMER, 2012, p. 154)

Junto ao sobredito pensamento, importa manter que, o dirigir do juízo ao fato, admite, mas não se aprisiona nas circunstâncias, na medida em que vale lembrar que um afastamento abstrativizador se requer necessário para preservação do próprio instituto processual, ou do juízo sobre

o fato, objeto, ou cenário que entrelaça ambos para configurar o mapa ou a cartografia do nexo causal na sede do pensamento. O abstrato, aqui, não constitui especulação, na medida em que, considerada a própria lei, geral e abstrata. Por ilustração, o pensamento hermenêutico que se dedica ao estudo dos textos e à sua elaboração – enquanto interpretação também escrita dos documentos –, compreende um abstrair que está profundamente envolvido com a realidade fática que anima ou a qual se destina o texto em referência à realidade. O inverter de elocuções recompõem as discussões porque o pêndulo entre o pensamento e o discurso se refazem continuamente e se esforçam na expressão e na pretensão de compreensão do sentido. (GRONDIN, 2012, p. 19)

Neste sentido, a hermenêutica retorna, com frequência, ao ambiente das discussões do conhecimento e da ação como requisito para um mover mais prudente quanto a esta última. Vale pontuar, também, precisamente no ponto tocado, isto é, acerca da proximidade e do distanciamento, que um traço fenomenológico pode pautar a depuração desse pensar que é, ao mesmo tempo, imersivo em para a integração com o objeto, como também compreende um refletir suspensivo antepondo-se às contaminações dos apelos naturais, que comprometem melhores possibilidades do olhar emancipado das barragens próprias do imediato e episódico. E assim, evitando que a discussão essencial e nuclear que não esteja no centro das preocupações, a ele retorne, para devolver o caminho à trajetória e inibir a reincidência de falhas no postular e no decidir. Entretanto, o contato entre a fenomenologia e a hermenêutica não se confunde. São escolas distintas. E, quando tratadas em mesmo ambiente carecem de um apuro a que não se pode deter este texto, seja pela temática, como pelo formato mais simplificado da abordagem aqui desenvolvida, mas que, por certo, podemos revisitar em outra proposta de reflexão, especialmente, por merecer significativa atenção no diálogo com o tema da interpretação, com notada carência no arco prospectivo do pensamento jurídico.

Em termos mais elementares, a aparência fungível que a semântica do termo interpretação sugere, compõe um campo de atuação do juízo, que se presume apto pela simples ideia de que o termo está presente e disponível em toda qualquer atividade do pensamento humano, que dispõe do clássico pleno uso e gozo de suas faculdades. E esta concepção não é inverídica, porém, o pensamento hermenêutico compreende uma interpretação um tanto mais refinada, por ser uma atividade reflexiva mais elaborada, com etapas a cumprir e orientações a observar a fim de alcançar uma interpretação mais precisa e estrutural em seu respectivo campo de prospecção e contribuição.

Neste sentido, a estrutura lógica-sistemática, calcada em diversos critérios hermenêuticos para que seja possível que o intérprete em sua atividade consiga resolver um problema prático, perpassa pela ideia de que a interpretação é a construção e atribuição de sentidos em um único momento, qual seja, aquele que o intérprete é interpelado a resolver aquela tarefa prática específica.

Por isso, no âmbito constitucional, as condições de possibilidades para que o intérprete atribua sentidos autênticos na delimitação do significado normativo são específicas par algumas razões. Em um primeiro plano, a necessária conformidade entre as normas estabelecidas no plano estritamente constitucional e as demais normas do sistema (infraconstitucionais), a partir de uma visão de organização e estruturação o sistema jurídico, apenas torna-se possível se os critérios hermenêutico-jurídicos forem respeitados.

Seguindo esta linha, as normas constitucionais por apresentarem certas especificidades como sua superioridade, linguagem, conteúdo e caráter político, desenvolvem-se em categorias específicas, desta forma, a doutrina e os estudos relativos à hermenêutica jurídica foram os responsáveis por estabelecerem determinados critérios imprescindíveis no momento da interpretação constitucional na garantia de sua singularidade e, principalmente, sua supremacia normativa, limitando e racionalizando o poder estatal, enquanto construção histórica, doutrinária e hermenêutica consagrada em estudos reconhecidos nas obras de referência ao tema, com destaque para as reflexões desenvolvidas por doutrinadores como Konrad Hesse, Friedrich Müller e José Joaquim Gomes Canotilho, que ao longo do artigo serão pontuados em suas contribuições interlocutórias ao binômico temático hermenêutica e interpretação constitucional.

Entretanto, cumpre esclarecer que é dominante o entendimento de que os critérios que explicitaremos no decorrer do trabalho são comumente conhecidos por "*princípios hermenêuticos constitucionais*" ou "*princípios da interpretação constitucional*", muito embora, nesse contexto, acreditemos que a terminologia adotada parte de uma característica transcendental e não relativa ao seu conteúdo ou estrutura ao ser denominada como *princípios*. Os princípios da interpretação constitucional são, no sentido aqui desenvolvidos, princípios instrumentais com características de direcionar a resolução prática da conflitualidade normativa (BARROSO, 2010, p. 333-334), e não princípios como espécie normativa que são mais conhecidos hodiernamente na forma binária "norma-princípio" e "norma-regra".

Assim, o percurso adotado neste trabalho visa, a partir de uma abordagem mais genérica sobre elementos fundantes da hermenêutica, apontar para a incontornável relação mantida entre os princípios hermenêutico-constitucionais com o próprio princípio constitucional do devido processo legal em sua vertente substancial. Na verdade, é entendimento construído no decorrer da análise de que a garantia de atingimento da solução justa no processo de interpretação constitucional (passível de extração na conformação do princípio do devido processo legal) tem por pressuposto a existência de lógicas hermenêuticas consensualizadas inafastáveis que aqui denominamos por princípios hermenêuticos constitucionais, mas também denominadas por relevante doutrina como princípios específicos da interpretação constitucional. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 436).

2. MOMENTOS HERMENÊUTICOS NA HISTÓRIA DA INTERPRETAÇÃO

Admitir a possibilidade de que a história da hermenêutica caminha ao lado do pensamento filosófico e jurídico permite a correlação de seus sistemas como construções em marcos temporais, ainda que retomados e continuado. A história de classificação dos modelos de interpretação pode se apresentar como chave de entendimento para o mundo do acontecer e das relações, para que, uma vez interpretado, se torne previsível e manipulável. Daí seu lugar de importância demarcatória nas mudanças de olhares e apuros sobre o conhecimento.

É possível adotar, entre outros estratos classificatórios da história da hermenêutica, uma primeira divisa clássica, voltada para os textos; a seguir, outra que se dispõe pelas regras e métodos das ciências humanas e, finalmente; a preocupada com a consideração dos os parâmetros da universalidade da interpretação, tão universal quanto puder ser, porque assim se presume e pretende, contempla o toque humano com sua realidade enquanto presença no mundo e seus desafios existenciais, na medida em que as inquietações presentes nas limitações e na finitude que marca a vida em seu núcleo mais profundo toca os parâmetros da interpretação.

2.1. Hermenêutica dos escritos

A hermenêutica clássica se inicia com o trabalho imersivo de interpretação dos textos, entendida, tanto como um processo de compor o caminho entre o registro e a fala, como também de recompor a fala para o registro. No pensamento jurídico a estrutura clássica contribui para repor como re-

flexão, por exemplo, no primeiro caminho citado, a interpretação das fontes, dos princípios e demais parâmetros jurídicos para fundamentação. No segundo, caminho inverso para entender, o mais precisamente possível, o parâmetro animador da fundamentação. Em ambos, o postular e o decidir, interpenetram-se continuamente na atividade do juízo e da interpretação.

Neste contexto, a mediação de sentidos ou a tradução de pensamento em palavras, já enfrentava as oscilações e uma preocupação entre o subjetivismo e o objetivismo mantinham que mantinham, cada qual, suas próprias alegações e renovavam suas continuadas disputas pela primazia e validade no derradeiro concluir a interpretação. De modo que, cada posição sustentava sua própria verdade ou sua chave para tanto. Entre outras fundações, está aqui, as bases da tradição exegética, ou seja, da literalidade na interpretação, em direta referência a ofícios como os dos escribas, em seu exímio cuidado em transcrever com perfeição os símbolos para que a interpretação, não restasse comprometida. Vale dizer, que na antiguidade, havia modelos de sociedade e de Estado, nos quais, nem os governantes sabiam ler e escrever, mas tão somente aos escribas se destinava este ofício, o que também apontava para o fato de que, em algumas destas sociedades, eles eram os portadores das leis, sacerdotes – em modelos teocráticos –, ou ainda juízes por comportarem as tradições escritas, poderem lê-las e transmiti-las.

A coexistência ou colisão do subjetivo e do objetivo, no plano da interpretação, integraram as sistematizações que, neste breve trato textual são retomadas pela sua importância e apuro, no contributo para o pensar e o agir também do nosso tempo. São parâmetros de depuração que se reapresentaram ao longo da história, e ainda hoje, não apenas pelo apelo, mas também pela sua coerência quanto aos modelos elaborados.

De modo mais tradicional, o juízo subjetivo, entendido como pensar sem mérito de confiança pela parcialidade do olhar e contemplação direcionada ao próprio sujeito, é afastado para que não comprometa o real sentido da interpretação. É o que se pode denominar de perda de objetividade. A ausência de objetivação pode ser vista com reticência pela presumida perda de objeto ocasionada pela sobreposição do pretendido pelo sujeito, pela sua orientação prévia, como forma de contaminação do fato puro e objetivamente considerado. Isto, porque o apelo à objetividade renova o desapego ao sujeito no exame do problema, para consecução de um juízo que, uma vez distanciado das próprias razões no olhar, procede um interpretar mais leal a todos os elementos envolvidos neste processo e todas as causas verdadeiramente responsáveis pelos pontos de detecção dos

potenciais resultados. Entre as modernas expressões do pensamento associado as ciências humanas, Dilthey, é possível identificar em seus textos que tem cuidado com o uso da palavra hermenêutica, fazendo minimizado uso, por destiná-la, mais precisamente, ou em sentido mais estrito, como um conjunto de regras para interpretar obras escritas, como tradicionalmente é concebida em Schleiermacher (SCHMIDT, 2018, p.51).

A hermenêutica evidencia, assim, que a importância da interpretação está situada em área sensível das incertezas humanas correspondente à discussão sobre a universalidade como elemento denominador e confirmador de que a interpretação chegou à verdade. A noção de que a universalidade e a verdade, neste pensar, são termos correlatos em função de sua validade acima das cartografias regionais, noção que parecia sugerir a conclusão exitosa do trabalho hermenêutico e, que não sem razão foi tangenciado no século das luzes, embora baseado este último no fundamento da razão. Este modelo mais primordial tinha os reflexos imagéticos mais fortalecidos em uma simbólica que se desdobrava em muitas formas de filtrar o olhar para que a interpretação recebesse um cuidado sistêmico coerente de símbolos e mensagens que viabilizassem um procedimento interpretativo lógico.

O contrário à universalidade dos parâmetros para as interpretações, se mostra como desafio de sentido e identidade, na medida em que, se o processo de apreensão do conhecimento, compreende interpretações ao invés de uma interpretação, então, o que há, de fato, são modos de ver. Neste raciocínio não haveria uma verdade, porque mesmo os fatos poderiam se constituir como interpretações do acontecer.

2.2. A Hermenêutica Constitucional e a efetividade do princípio do devido processo legal.

Tratando da hermenêutica jurídico-constitucional, Inocêncio Mártires Coelho, apoiado em Gomes Canotilho, informa-nos que a questão do método justo em direito constitucional configuraria um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicista. Nessa linha, como afirma o referido autor, a grande variedade de métodos hermenêuticos colocados à disposição do intérprete/aplicador da Constituição acaba sendo paradoxalmente um dos maiores problemas enfrentados pelo constitucionalista (2011, p. 136/137).

Acrescentamos, nesta perspectiva, que, além das dificuldades que a própria tarefa de superar a conflituosidade intrínseca advinda da relação texto-contexto (GARCIA, 2015, p. 1 e ss.) implica, há concomitantemente

a questão preliminar intransponível do método hermenêutico-constitucional, com todas as suas intrincadas complexidades e, dando razão a Virgílio Afonso da Silva, a partir de um sincretismo metodológico característico do atual estágio da discussão constitucional, que impede que se avance no processo de interpretação constitucional em si (SILVA, 2005, p. 135).

Porém, como afirmado na Introdução deste trabalho, a nossa ideia é demonstrar que o princípio do devido processo legal – devidamente estabelecido no inc. LIV do art. 5º da Carta Magna de 1988 – se efetiva de forma mais consistente quando o processo de interpretação constitucional é realizado em respeito aos princípios hermenêuticos fundantes do Direito Constitucional, mais precisamente a partir daqueles assim reconhecidos pela melhor doutrina constitucionalista brasileira.

Desde já, porém, para isso, faz-se necessário que dirijamos ao leitor uma breve advertência: o sentido de "legal" estabelecido na expressão "devido processo legal" não pode ser o de lei em sentido estrito[3], mas sim em sentido amplo. Nessa via, expressa um dever ser ou ter de ser, ou seja, a necessidade de ser ou de agir de determinado modo, segundo às exigências de uma certa ordem. (CHORÃO, s/ano., p.1070).

Feita esta observação, sigamos adiante. Por um lado, em nossa compreensão, o devido processo legal visa conceder ao sistema jurídico, não somente uma visão ordenada, sistematizada e estruturada, mas também tem por propósito conduzir o legislador e o decisor a produzirem soluções ajustadas aos valores sociais vigentes em uma comunidade plural e multicultural. Por outro lado, a interpretação constitucional possui especificidades que levam a que os doutrinadores a estabelecer um catálogo de princípios específicos para a interpretação constitucional, a partir de um impulso inicial estabelecido por Konrad Hesse (1992, p. 33-54).

Nesta via, a intuição que nos move é no sentido de que, embora específicos, há entre esses princípios uma relação interna. Se o devido processo legal não é alcançado quando se ausenta a análise de normas a partir dos princípios hermenêuticos constitucionais que iremos analisar; por outro lado, estes somente fazem sentido na configuração a eles concedidas, se o referido "devido processo legal" possuir a conformação que a realidade social exige. Como afirma Glauco Barreira Magalhães Filho,

3 Ou seja, afastamo-nos de uma acepção específica, em que a palavra lei designaria um específico conjunto procedimental para a produção, ou de lei ordinária, ou de lei complementar, ou mesmo de lei delegada. Nos três casos, como é de notório saber, os instrumentos normativos legais produziriam normas cujo valor seria menos elevado do que as normas produzidas pela Constituição, a "Lei Maior", mas ainda, no sentido *lato*, uma lei.

por meio da Constituição, há a união entre o ser e o dever ser, do político e do jurídico (MAGALHÃES FILHO, 2002, p. 89).

Aliás, traço característico do constitucionalismo contemporâneo é a ideia que os direitos fundamentais (e o devido processo legal é um direito material e formalmente fundamental), devam ser compreendidos como limites morais e políticos ao exercício do poder (PINO, 2010, p.7) e, nessa linha, servem como nortes para o processo de interpretação, em uma irradiação objetiva de seus valores (mesmo que, aqui, em uma perspectiva de análise principiológico normativa e, portanto, deontológica e não mais axiológica).

Nesta linha, partamos para análise dos mais importantes princípios hermenêuticos utilizados como guia para o complexo processo de interpretação constitucional.

2.2.1. Princípio da Supremacia da Constituição

É um dogma jurídico-sistêmico o fato de que a constituição, como instrumento jurídico-político fundamental, possui posição hierárquica superior às demais normas do sistema jurídico, imperando tanto sobre a vontade do poder constituído quanto sobre todas as demais normas infraconstitucionais. Assim, surge o *Princípio da Supremacia da Constituição,* como um princípio instrumental que impõe que nenhum ato jurídico poderá existir ou produzir efeitos jurídico em desacordo com a própria Constituição.

Seus objetivos parecem melhor se ajustar ao que a doutrina definiria como devido processo legal em sua vertente formal, pois exsurge como uma das principais regras no âmbito de organização do sistema jurídico. Por esta razão, pode-se dizer que é este caráter de "superlegalidade" que se revestem as normas constitucionais, o passo genético de organização do ordenamento jurídico.

2.2.2. Princípio da unidade da constituição

O *princípio da unidade da constituição* parte do pressuposto de que a Constituição representa uma unidade, um todo indivisível (SARLET, MARINONI; MITIDIEIRO, 2019, p. 222). Ele surge a partir da ideia de que a Constituição não é imune a conflitos e tensões, inclusive podendo ter uma pluralidade de soluções normativas. elo contrário, em sociedades democráticas nas quais, naturalmente, os seus membros não compartilham de mesmas concepções filosóficas, morais e mesmo religiosas, o conflito de interesses costuma levar a leituras diversificadas de um mesmo dispositivo.

Porém, em respeito à segurança jurídica, a unidade é uma tarefa e um compromisso para a manutenção da coerência narrativa do sistema jurídico. O seu objetivo é compelir o intérprete para que este considere a constituição em seu caráter unitário como um sistema de regras e princípios e não apenas como um catálogo de normas isoladas, tentando reforçar a ideia de harmonização entre os conflitos inerentes ao próprio sistema normativo (CANOTILHO, 1993, p. 192-227)[4].

A problemática que gira em torno do princípio da unidade não diz respeito apenas aos conflitos externos que se chocam com as normas constitucionais como por exemplo normas infraconstitucionais, mas o problema reside justamente quando há um conflito entre normas da própria Constituição. É bem verdade que não há uma hierarquia entre as normas constitucionais aumentando ainda mais a conflitualidade entre os fatores endógenos do próprio sistema.

Essa questão fica ainda mais evidente se procurarmos analisar a tensão entre direitos fundamentais, como, por exemplo, a liberdade religiosa e o direito à vida na hipótese da recusa a certos procedimentos médicos por razões religiosas. No caso, apenas a análise de tal critério parece-nos melhor realizada quando em conjunto com os demais critérios hermenêuticos.

Embora inclinemo-nos a afirmar que o princípio da unidade, em uma visão hermenêutica-constitucional, está relacionado mais propriamente à ideia de assegurar o devido processo legal em sua vertente substancial, não podemos deixar de considerar que a ideia de segurança circunda fortemente este princípio, principalmente no que diz respeito à ideia de coerência a que deve se submeter qualquer sistema, inclusive o jurídico.

2.2.3 O princípio do efeito integrador

O *princípio do efeito integrador* assemelha-se, até certo grau, à sistematicidade da unidade constitucional, pois na análise dos conflitos jurídico-constitucionais deve-se adotar o critério de preferência a ponto de favorecer a manutenção do conteúdo de caráter político e social, isto é, tanto a manutenção da unidade política quanto a possibilidade de integração social e reforço da unidade política. Daí, pode-se dizer que a Constituição,

4 Sobre julgados onde o princípio da unidade da constituição foi invocado, ver, em especial, o voto do Min. Relator no caso da EC n. 16/97 sobre elegibilidade de parentes na sucessão da chefia municipal em STF. Recurso Extraordinário n. 344.882/BA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 07.03.08, DJ-e 06.08.04.

enquanto um todo harmônico, necessita manter a coesão política e, por outro lado, conduzir às soluções pluralistas e integradoras da sociedade[5].

Por isso, como informa a Constituição deve ser um instrumento de agregação e não de desagregação. Aliás, este princípio busca também orientar o intérprete no sentido de estabelecer soluções hermenêuticas que, com bases históricas e consciência do processo de mudança das estruturas socioeconômicas, permitem uma constante atualização da normatização constitucional, sem desconsiderar a necessária integração visada pelo texto constitucional (GARCÍA, 2009, p.121).

Também aqui nos inclinamos a dizer que o *princípio do efeito integrador*, em uma visão hermenêutica-constitucional, estaria mais inclinado a fortalecer uma concepção do devido processo legal em sua vertente substancial, já que a manutenção do conteúdo de caráter político e social dá ensejo a que entendamos que a interpretação vai em busca de valores compartilhados pelo corpo social.

2.2.4 O princípio da máxima efetividade

O *princípio da máxima efetividade* é aquele que nos casos de conflitos normativos, deve buscar garantir e produzir a maior eficácia possível das normas constitucionais. Em um primeiro momento, pode-se considerar que a máxima efetividade tem um conteúdo operativo e funcional para toda e qualquer norma constitucional. Entretanto, observa-se uma

5 Um exemplo claro, embora não mencionado expressamente, foi a utilização da eficácia integradora pelo STF na Pet. N. 3388/RR, DJe 25.9.09, rel. Min. Carlos Britto sobre a "*Raposa Serra do Sol*" (Informativo n. 304/STF). O STF foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade as qualificações como "povos indígenas" e a região norte do país em que estes mantinham vínculos. Neste sentido, o STF esclareceu sobre a distinção entre terras indígenas x território indígena, alterando a interpretação do texto normativo constitucional de que o poder constituinte originário pudesse atribuir a estas terras um status puramente político ou uma dimensão transnacional. Assim, o STF entendeu que a interpretação mais adequada do texto normativo fosse em sentido diverso daquela que pudesse levar a consideração de qualquer comunidade indígena como transnacional. Ainda, fixou que o *status* de *terras indígenas* não poderia excluir quaisquer ações do poder público. Em síntese, o princípio do efeito integrador favorece, também, a unidade nacional. Cf. MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139 e 147, nota n. 46. Ver, também, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227. Muito embora, o tema por si guarda muitos detalhes, acreditamos que o STF se utilizou da eficácia integradora para usurpar a competência estabelecida do próprio Poder Legislativo indo contra aos demais critérios utilizados como o da própria conformidade constitucional como se verá mais adiante.

certa complexidade quando estamos diante daquelas normas de conteúdo programático ou de conflitos havidos entre direitos fundamentais.

Em ambas as situações, a eficácia normativa das normas constitucionais, de acordo com essa análise, é no sentido de se apurar a eficiência na produção de efeitos como, por exemplo, em caso de dúvidas deve-se preferir a interpretação que reconheça a maior eficácia das normas de direitos fundamentais. Segundo Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco (2020, p.155), esse princípio instrumental vem insculpido no §1°, Art. 5°, CFRB/1988, que dispõe sobre a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Essa visão é corroborada por Canotilho (1993, p. 227), cabendo ressaltar que também o sistema jurídico-constitucional português compartilha desta teoria acerca da aplicabilidade direta e imediata das normas de direitos fundamentais.

Não cabe, neste momento, esmiuçarmos os fundamentos teóricos adequados acerca da construção clássica das normas jurídicas. Como se sabe, as normas jurídicas possuem três planos distintos e que não se confundem: a existência[6], a validade e a eficácia. Há, inclusive, teses que defendam que através do constitucionalismo contemporâneo e pela Constituição brasileira de 1988, um quarto plano seria passível de entendimento: o da efetividade, entendido este como realização do Direito por meio de uma relação próxima entre o *ser* e o *dever ser,* ou seja, entre a realidade social e a norma, de forma a considerar a vontade constitucional no sentido de evitar soluções que se amparem ou em uma argumentação acerca da impossibilidade de autoaplicação das normas, ou mesmo pela decorrência da omissão dos poderes públicos (BARROSO, 2010, p.341)[7].

De toda forma, se considerarmos que a máxima efetividade das normas constitucionais (principalmente as de direitos fundamentais) reforçam o quadro de soberania popular e legitimidade sistêmica, já que em constituições democráticas as definições dos direitos pelo poder constituinte originário tendem a expressar os valores fundamentais de uma comunidade sociopolítica, temos que também este princípio pode alavancar a ideia de devido processo legal em sua perspectiva substancial.

6 Embora o plano da validade possa vir a ter sua utilidade contestada (LIMA, 2016, p. 211-215).

7 Para um melhor aprofundamento, sobretudo, acerca da validade das normas constitucionais, ver LIMA, Marcelo Machado Costa. *A Validade Legítima: Um ensaio sobre o caso brasileiro*. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas. Lisboa. Universidade de Lisboa, 2014, 565f., p. 189 e ss.

2.2.5 O princípio da conformidade constitucional ou da justeza

O *princípio da conformidade constitucional* ou da *justeza* tem por objetivo coibir, em sede de concretização da constitucional, isto é, no momento em que o intérprete- aplicador é interpelado a reconhecer e dirimir os conflitos normativos, que altere a repartição de funções determinadas pela própria Constituição. Essa ideia busca que o Tribunal Constitucional em sua atividade precípua não chegue a um resultado que modifique o esquema organizatório previamente estabelecido pela Constituição. Nessa linha, não poderá o Tribunal em sua relação com os demais Poderes, por exemplo, alterar a competência para promulgação dos decretos legislativos do Senado para o Presidente da República ou, ainda, pela possibilidade de veto pelo próprio Chefe do Poder Executivo CANOTILHO, 1993, p. 227 e 336).

De observar que este princípio interpretativo, no caso brasileiro, é reforçado pelo que dispõe o art. 2º da Carta Federal de 1988, que prega a harmonia e independência entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Nos tempos atuais, de grande disputa por espaço de exercício de poder, esta questão se torna de grande relevância no âmbito de análise do devido processo legal, seja na vertente formal, seja na vertente substancial. Por isso, as instituições devem cada vez mais atentar para o fato de que o exercício de funções pelos Poderes citados em discrepância com a competência que a cada um deles conferiu a própria Constituição viola o princípio do devido processo legal.

2.2.6. O princípio da harmonização ou da concordância prática

O *princípio da harmonização* ou da *concordância prática* visa coordenar a conflitualidade intrínseca entre as normas constitucionais, a fim de evitar o sacrifício desproporcional da extensão normativa de uma delas. Deve-se lembrar que *a priori* não há diferença hierárquica entre normas constitucionais (que possuem natureza principiológica). Assim, a harmonização objetiva que o intérprete, em sua tarefa interpretativa, concilie as pretensões de efetividade destas normas a partir de limites ajustados ao caso concreto.

Nessa via, a harmonização ganha maior incidência no âmbito dos conflitos entre direitos fundamentais e suas normas-princípios, porquanto, cabe ao intérprete buscar uma harmonização e parâmetros como forma de importar o menor sacrifício entre eles, não excedendo

o estritamente necessário[8]. Por isso, o devido processo legal, em sua vertente substancial, é respeitado quando o intérprete harmoniza os direitos em conflito na justa medida.

2.2.7 A força normativa da constituição

Para que se trate deste princípio há de se, primeiramente, contextualizá-lo. Por muito tempo, as normas constitucionais foram reconhecidas em maior grau por uma visão declaratória, de proclamação política, mas sem grande extensão normativa. Como nos lembram Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2013, p. 440), o reconhecimento da força normativa das constituições tiveram gênese nos Estados Unidos, mas nas demais partes do mundo praticou-se até recentemente o legicentrismo. Muito provavelmente, a influência da famosa obra "A Força Normativa da Constituição", de Konrad Hesse, acelerou o processo de reconhecimento no mundo jurídico romano- germânico, inclusive quando afirma que "quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição" (HESSE, 1991 p.22).

Nesta esteira, há uma grande aproximação entre o princípio da força normativa da constituição com princípio da máxima efetividade (SOUXA NETO; SARMENTO, 2013, p. 440) quando afirma que se a norma constitucional possibilita diversas interpretações, deve-se dar primazia àquela que produza mais efeitos concretos. Por essa razão, entendendo que a efetivação das normas constitucionais traduz respeito à segurança e à justiciabilidade do sistema jurídico, temos que o princípio do devido processo legal se vê contemplado quando esse princípio hermenêutico é mais fortemente observado.

8 Vários são casos em que o princípio da harmonização ganha estrutura. Para fins de exemplificação, cite- se a discussão acerca da liberdade de expressão frente o direito à privacidade, exemplo clássico utilizado no exercício docente. O STF, por diversas vezes, utilizou-se do princípio, valendo a menção do *leading case* sobre a constitucionalidade de uma lei que obrigava as drogarias a terem responsável técnico em seu expediente. Entendeu a Corte, que a norma era válida, uma vez que estabelecia uma concordância prática entre a liberdade de exercício do comércio de medicamentos e o seu respectivo controle, em benefício daqueles que visam adquirir determinados medicamentos. Cf. STF. Representação 1507/DF, Rel. Min. Carlos Madeira, j. 22.09.88, dj. 09.12.88.

4. CONCLUSÕES OU CONSIDERAÇÕES FINAIS

Temos como aspectos conclusivos que a aplicação de princípios hermenêuticos – doutrinariamente consensualizados – no processo de interpretação constitucional, que aqui denominamos por princípios hermenêuticos constitucionais, mas que também recebe a denominação de princípios específicos da interpretação constitucional por relevante doutrina, é, na verdade, condição inafastável para que o princípio do devido processo legal, tanto em sua perspectiva formal, como substancial, possa ser conformado em sua máxima efetividade.

Neste sentido, percebe-se uma conexão interna entre os princípios hermenêuticos e o do devido processo legal, posto que este não atinge seus objetivos sem a devida instrumentalização daquele. Por outro lado, o princípio do devido processo legal em sua estrutura mais ampla (formal e substancial) acaba por estabelecer um norte seguro para que os operadores do direito se utilizem dos princípios hermenêuticos em sua tarefa de melhor definir os contornos constitucionais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 333-334.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHORÃO, Mário Bigotte. *Positivismo Jurídico*. In: *Enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado.* 2ª ed. Lisboa: Ed. Verbo, s/ ano, v. IV.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Trad. Marco Antonio Casanova. Petrópolis: Ed. Vozes, 2012.

GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional*. A resolução das conflituosidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Atlas, 2015.

GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. Trad. Marcos MMarcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. *Hermenéutica Constitucional*. Bogotà: Ibañez, 2009.

HESSE, Konrad. La interpretación de la Constitución. *In:* Hesse. Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudíos Constitucionales, 1992.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LIMA, Marcelo Machado Costa. *A Validade Legítima*: um estudo sobre o caso brasileiro. 2014. Tese (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição. 2. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PINO, Giorgio. *Diritti* e *Interpretazione*. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale. Bologna: Il Mulino, 2010.

SARLET, Ingo.Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8.ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2019.

SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Trad. Fábio Ribeiro. 3ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. *In:* SILVA, Virgílio Afonso da (Org.) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

CHATBOT DE SUPORTE À DECISÃO JUDICIAL BEM FUNDAMENTADA

POLETTO, Álerton Emanuel[1];
MORAIS, Fausto Santo de[2]

1 Mestrando do PPGDireito pela Faculdade Meridional - IMED/Passo Fundo. Membro do Grupo de Pesquisa IAJUS TEAM - Inteligência Artificial e Direito. alertonep@gmail.com

2 Doutor em Direito Público e professor do PPGD da Faculdade Meridional - IMED. Coordenador do Grupo de Pesquisa IAJUS - Inteligência Artificial e Direito. Membro fundador da Associação Ibero Americana de Direito e Inteligência Artificial - AID-IA. faustosmorais@gmail.com

RESUMO

A implementação de sistemas inteligentes no Poder Judiciário importa, primeiramente, estudos sobre as bases teóricas, especialmente da decisão judicial, no que tange ao dever de fundamentação. A partir da compreensão do que seja uma decisão jurídica bem fundamentada, bem como da sistematização dos requisitos essenciais da fundamentação, é factível a idealização de um sistema inteligente de suporte à fundamentação da decisão judicial. O sistema consiste em um *chatbot* fundado em perguntas e respostas constituída da legislação processualista. Assim, o processamento do *chatbot* resulta em uma base de fundamentação, auxiliando, portanto, os magistrados no ganho de racionalidade da decisão. O método de abordagem é indutivo e a pesquisa é construída pelo método bibliográfico.

Palavras-chave: Algoritmo; Decisão Judicial; fundamentação.

1. INTRODUÇÃO

O uso da tecnologia pela sociedade é inevitável, uma vez que se busca, primordialmente, o aperfeiçoamento do trabalho humano. A automação com aplicação de ferramentas tecnológicas no Poder Judiciário está sendo exponencial e a utilização de Inteligência Artificial já é uma realidade, especialmente na busca pela efetividade da prestação jurisdicional direito.

As possibilidades de utilização de Inteligência Artificial no judiciário são desmedidas. A exemplo, projetos em tribunais (como no STF, STJ, TJPE, TJMG, TJAC, TJRO, etc.) já foram implementados sistemas inteligência no auxílio da prestação jurisdicional, a fim de aumentar a celeridade processual e eficiência da prestação jurisdicional para a automação de atividades repetitivas.

Posto isso, parte-se da problemática de como a tecnologia pode auxiliar a prestação jurisdicional no que tange à fundamentação das decisões. Assim, tem-se como objetivo propor uma ideia de IA para auxiliar os magistrados na fundamentação das decisões judiciais.

Necessita-se explorar, inicialmente, as teorias as dimensões da fundamentação da decisão judicial, bem como questões jurídicas decorrentes da utilização de sistemas inteligentes no Direito. A partir disso, será proposto uma ideia de *chatbot* de auxílio ao Poder Judiciário que possibilita o ganho de racionalidade na decisão, uma vez que se funda nos requisitos essenciais para que uma decisão judicial seja bem fundamentada.

A metodologia adotada na pesquisa, em relação à linha de abordarem e elaboração da temática refere-se ao método indutivo, com o intuito de elaborar um artigo científico. A pesquisa partiu dos pressupostos do dever de fundamentação e da possibilidade de implementação de tecnologias ao Poder Judiciário, para, por fim, propor uma ideia de *chatbot* para auxiliar a fundamentação das decisões judiciais. Quanto ao procedimento, é do tipo exploratória com o auxílio de fontes bibliográficas, pela exploração de obras de vários autores, os quais debatem a temática abordada.

2. DIMENSÕES DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

Inicialmente, cumpre abordar alguns aspectos do dever de fundamentação quanto à conceituação e relevância jurídica, sem, contudo, esgotar a temática. Por sua vez, impende relacionar o dever de fundamentação com o problema da inviabilização da jurimetria no Poder Judiciário, o que resulta em uma fundamentação desuniforme.

Elemento essencial do Estado Democrático de Direito, o dever de fundamentação das decisões judiciais é a forma de legitimação da decisão do Estado-Juiz. Nesta senda, além de uma formalidade jurídica, fundamentar é um direito fundamental do cidadão (CANOTILHO, 2013, p. 1325).

Considerada como elemento essencial de uma ideia democrática de justiça, o dever de fundamentação das decisões era tido como uma ferramenta contra o arbítrio judicial, ao lado da garantia de imparcialidade do juiz, a recorribilidade das decisões e o controle de legalidade da decisão (STRECK, 2017, p. 162).

Assim, a fundamentação é um dever constitucional imposto a todos os agentes do Poder Judiciário, em qualquer manifestação decisória, preceituado no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988. O processualista Fredie Didier aduz a fundamentação como a interpretação da lei de forma a criar uma norma jurídica a justificar a decisão (2012, p. 02).

Impende destacar uma tradicional classificação da fundamentação, quando à função. A função endoprocessual da fundamentação importa em facilitar a impugnação e os juízos sobre ela. No que tange à função extraprocessual, a fundamentação representaria "a possibilidade de controle do exercício do Poder Judiciário fora do contexto processual, por parte do povo e da opinião pública em geral, tudo dentro de uma concepção democrática do poder" (STRECK, 2017, p. 162).

Ou seja, para o Direito não basta uma decisão dada, a decisão precisa estar de acordo com o princípio da fundamentação das decisões uma vez que sem a motivação as partes, os órgãos superiores e sociedade desconheceriam o porquê de o juiz ter decidido de tal forma. A fundamentação é indispensável em um estado democrático para a fiscalização e controle da atividade jurisdicional (GONÇALVES, 2016, p. 85).

O controle da fundamentação não consiste em se atentar ao que o juiz pensou, mas à racionalidade das razões proferidas na justificação. Assim, essa justificação deveria ter um, minimamente, um conteúdo congruente no enunciado das escolhas do juiz no tocante "à individualização das normas aplicáveis e às consequências jurídicas delas decorrentes, os nexos de implicação e coerência entre os enunciados fáticos e jurídicos e, por fim, a justificação dos enunciados tomada racionalmente em face do ordenamento jurídico" (STRECK, 2017, p. 166).

Nessa esteira, incumbe ao magistrado o dever de resolver as questões de fato e de direito da lide, através da exteriorização das razões que o conduziram até a decisão, comprovando, portanto, o distanciamento de um julgamento arbitrário e subjetivo (DIDIER JR, 2016, p. 289)

Em termos processuais, fundamentar equivaleria "a uma justificativa tomada em momento posterior a partir de elementos jurídico-racionais" (STRECK, 2017, p. 166). Consoante a Crítica Hermenêutica do Direito, tem-se advertido que "o julgador não decide para depois buscar a fundamentação; ao contrário, ele só decide porque já encontrou o fundamento". (STRECK, 2002, p. 180)

Conforme bem aposta a Crítica, não se pode admitir que o dever de fundamentação seja encarado como apenas um ônus de justificação racional das escolhas do magistrado, tendo em vista que decisão não é escolha, mas "um ato de responsabilidade política da magistratura". Apresentar justificativas racionais para a decisão do juiz acaba por fragilizar a autonomia do Direito, devendo, portanto, as decisões judiciais serem fundamentadas no direito (STRECK, 2017, p. 171).

Outra tônica de apreciação expõe que a fundamentação cumpre uma função, além de justificar racionalmente a decisão do juiz, de demonstrar o conhecimento de todo o processo e de todas as questões nele suscitadas, devidamente apreciadas (GREGCO, 2010, p. 271).

Face as considerações aduzidas, oportuna é a transcrição de que:

> Juízes e Tribunais não têm o dever de proferir qualquer decisão. Devem se empenhar para proferir a decisão correta para o caso (adequada à Constituição); e não basta qualquer fundamentação. As partes, em qualquer processo jurisdicional, têm o direito fundamental a que as decisões sejam uma espécie de empreendimento democrático, em que os seus argumentos sejam levados a sério e que a autonomia do direito seja respeitada, esforçando-se o órgão julgador para mostrar que a decisão em questão é a melhor, de acordo com o direito, para o caso concreto (STRECK, 2017, p. 171)

Ainda nessa linha, no que respeita à função da fundamentação, em relação ao juiz e ao tribunal é de possibilitar a avaliação, por este, do conteúdo da fundamentação da decisão, em sede de recurso, a fim de decidir se vai ou não a reformar. Assim sendo, a fundamentação contribui para a formação e uniformização da jurisprudência (GRECO, 2007, p).

No que tange à uniformização da jurisprudência, enfrenta-se o problema de que não há uma uniformização, uma vez que até 2020 não havia uma base de dados nacional capaz de centralizar os dados de todos os processos judiciais no Brasil.

Contudo, por meio da resolução do Conselho Nacional e Justiça n. 331/2020, foi instituída a DATAJUD, a Base Nacional de Dados do

Poder Judiciário, sendo responsável pelo armazenamento centralizado dos dados e metadados processuais relativos a todos os processos físicos ou eletrônicos, públicos ou sigilosos nos tribunais do país (BRASIL, 2020).

Malgrado a DATAJUD apresentar algumas falhar operacionais, as quais não serão objeto desse trabalho, é um importante passo para a jurimetria mais profunda e eficaz, pela estruturação dos dados o judiciário, o que resultaria em uma melhora da base de fundamentação das decisões dos magistrados.

Por jurimetria, "considera-se a estatística aplicada ao direito, utilizada em conjunto com softwares jurídicos para tentar prever resultados e oferecer probabilidades de resolução dos litígios em determinado sentido" (ROQUE; DOS SANTOS, 2021, p. 63)

Nessa esteira, importa salientar que, na sociedade contemporânea, a fundamentação das decisões judiciais almeja uma "tendência de padronização decisória". Contudo, a garantia processual de fundamentação das decisões judiciais é individual, isto é, cada caso deve ser analisado de forma individualizada (THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p 24-25).

Considerando o exposto, a fim de colacionar com a tendência tecnológica de implementação de sistemas inteligentes no poder judiciário, impende explanar os requisitos mínimos para considerar uma decisão bem fundamentada.

3. OS PARÂMETROS MÍNIMOS DA DECISÃO JUDICIAL: COMO FUNDAMENTAR? OU NÃO

No presente título, será exposto os parâmetros legais para uma decisão judicial, no que tange à estrutura e fundamentação. Posteriormente, será exposto uma proposta de sistematização da decisão judicial, a fim de sustentar a implementação de sistemas tecnológicos.

No ordenamento jurídico brasileiro, conforme a doutrina majoritária (DONIZETTI, 2017, p. 478; DIDIER JR, 2016, p. 312; GOLÇALVES, 2017, p. 391) as decisões judiciais são os atos de pronunciamento do juiz e podem ser classificadas como despachos, decisões interlocutórias e sentença. A legislação processualista debruçou seus esforços em delinear a sentença, em razão da sua importância para o processo judicial e nível de cognição exauriente.

Portanto, ao proferir uma sentença, o magistrado deve preencher certos requisitos, instituído de elementos essenciais, promulgados no

artigo 489[3] do Código de Processo Civil de 2015, quais sejam: (I) relatório: registro das principais ocorrências no andamento do processo; (II) fundamentos: análise das questões de fato e de direito; (III) dispositivo: resolução das questões do processo (BRASIL, 2015).

Malgrado existir numerosas teorias da decisão que expliquem preponderantemente como uma decisão judicial deve estar fundamentava de forma certa e justa, inexiste uma teoria capaz de sistematizar a fundamentação que abranja os elementos constitutivos, para além do relatório, fundamentação e dispositivo.

Não obstante, a teoria normativa da decisão expõe um esquema linear de fases e escolhas entre alternativas que o magistrado deve observar para tomar uma decisão justa e correta. O esquema de fases dispõe sobre seis premissas que o juiz deve seguir, sendo elas, na seguinte ordem: identificação do problema, recolhimento de informações, procura de alternativas, avaliação das alternativas, escolha da estratégia e execução (KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p. 531).

Sem embargo, o artigo supramencionado vai além e preceitua as hipóteses que uma decisão judicial, aqui não distinguindo o tipo de

3 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

- o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

- o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

- empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

- invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

- não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

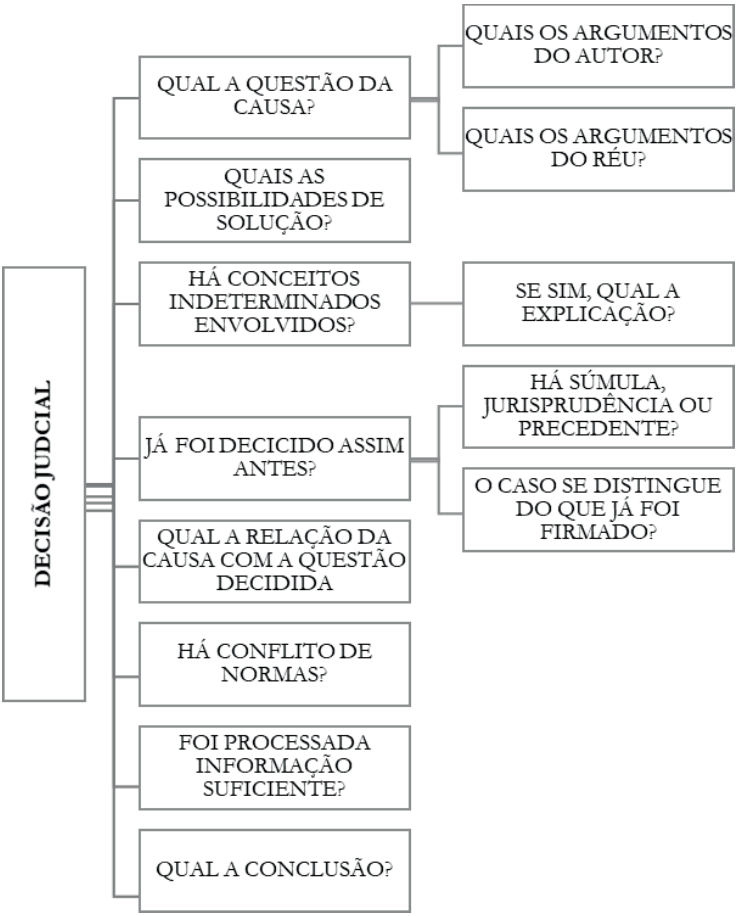
- se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

- deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

decisão, não se considera devidamente fundamentada. O parágrafo primeiro do artigo 489 do CPC/2015, portanto, firma o compromisso constitucional do dever de fundamentação das decisões.

Partindo dessa disposição legal, foi possível propor uma sistematização dos requisitos para que uma decisão seja considerada bem fundamentada em uma árvore de decisão, a qual é representada pela construção de ramificações que possibilitam uma série de escolhas (POLETTO, 2020, p. 18). Vejamos:

Tabela 1: Sistematização da fundamentação da decisão judicial



Fonte: Poletto, 2020.

Nesta senda, a árvore de decisão exposta, por reunir os requisitos de fundamentação da decisão judicial, constitui uma teoria sistematizada da decisão judicial, o que amplia o horizonte e possibilita a programação de sistemas inteligentes para o auxílio da jurisdição (POLETTO, 2020, p 18).

Assim, "uma decisão bem-fundamentada é aquela que leva em consideração os diversos argumentos a favor e contrários existentes em determinada discussão, garantindo o debate entre posições antagônicas e a valoração de direitos e princípios em oposição" FERREIRA; BASTOS, 2014, p. 222).

Com o intuito de prestar auxílio à fundamentação das decisões judiciais, em especial à sentença, considerando a proposta de sistematização da decisão judicial, bem como o problema institucional acerca da jurimetria dos dados do Poder Judiciário, em busca de uma fundamentação de acordo com preceitos legais, resta apresentar a proposta de sistema inteligente para suporte à fundamentação.

4. DECISÃO JUDICIAL AUXILIADA POR ALGORITMOS

Partindo do objetivo de aborda a temática de uma decisão judicial auxiliada por inteligência artificial, nesta seção será abordado a proposta de IA, no que tange ao seu funcionamento, alerta a questões operacionais e, por fim, a expectativa dos resultados.

Inicialmente, é mister expor a compreensão do que seja Inteligência Artificial:

> A inteligência artificial (IA) é um ramo da ciência da computação que busca, com interação multidisciplinar com outras áreas do conhecimento, a reprodução de ações cognitivas tipicamente humanas. Para tanto, a IA pode valer-se de diversas técnicas como estratégia de incremento de performance ou simplesmente de delegação de funções enfadonhas, repetitivas ou consideradas delegáveis e roboticamente praticáveis. Em outras palavras, a IA está associada à reprodução artificial da capacidade de organizar informações para uma solução aceitável de um problema (HARTMANN PEIXOTO, 2020, p. 17).

A utilização de sistemas de IA no judiciário é realidade, tanto que um juiz do Tribunal de Justiça da Paraíba criou um sistema inteligente de *chatbot* de autoatendimento processual para advogados e cidadãos na plataforma do WhatsApp, a fim de ser utilizado na vara que preside. Através do *chatbot*, obteve-se o resultado imediato de celeridade processual, devido a modernização no atendimento (JURINEWS, 2021).

A idealização de algoritmos no Poder Judiciário funda-se no auxílio de tecnologias de apoio ao ser humano em atividades repetitivas, nesse sentido, a consistência da IA no Direito depende "o seu uso de maneira a apoiar a decisão humana em sistemas que busquem otimizar tarefas repetidas ou enfadonhas, que pelas suas naturezas impõem ao ser humano maiores necessidades de retrabalho ou custos sob o aspecto de saúde laboral" (HARTMANN PEIXOTO, 2020, p. 12), isto é, a utilização de sistemas inteligentes no Direito permite uma predição de potencialização da atividade jurisdicional frente à quantidade de demandas semelhantes e repetitivas.

Nessa senda, frente aos novos paradigmas tecnológicos de auxílio da prestação jurisdicional e a exigência da sociedade de decisões bem fundamentadas, algoritmos de suporta à atividade judicial encontram forças contra arbitrariedade. Para tal, a aplicação de sistemas inteligentes de apoio ao magistrado é precedida de uma fundamentação sistematizada.

A sistematização da teoria da fundamentação das decisões judiciais proposta em um esquema de árvore de decisão possibilita ganho de racionalidade e melhora da fundamentação, uma vez que estabelece os pressupostos essenciais de uma decisão judicial. Ainda, com base nessa sistematização em forma de árvore de decisão, torna-se possível a implementação de algoritmos de suporte à fundamentação dos magistrados.

A proposta de sistema inteligente consiste em um *chatbot* de perguntas e respostas desenvolvidas para atender aos requisitos legais de fundamentação de uma decisão judicial. Essas perguntas têm por base o artigo 489 do CPC/2015, o qual foi sistematizado na Figura 1, apresentada no título anterior, que serve de apoio à construção da fundamentação da decisão judicial na prestação jurisdicional.

O programa consistirá, portanto, em um *chatbot* que simula uma conversa de perguntas e respostas, logicamente desenvolvidas observando o roteiro da "sistematização da fundamentação da decisão judicial". Em outras palavras, as perguntas serão submetidas ao magistrado, o qual deverá respondê-las como se fosse um formulário. Por sua vez, por meio de uma IA, as respostas fornecidas pelo magistrado serão analisadas e comparadas com a base de dados dos processos do Poder Judiciário, por meio dos métodos de processamento computacional de interpretação e raciocínio jurídico na programação de IA, bem como a mineração de argumentos.

Feitas tais considerações, convém assentar esses métodos. No que tange ao processo de computação cognitiva aplicável ao Direito, a interpretação e aplicação da lei ao caso específico é desenvolvido por de

duas formas, *o Modeling Statutory Reasoning* e *Modeling Case-based legal Reasoning* (ASHLEY, 2017, p. 38 e 73).

O primeiro processo de construção de modelo computacional de argumentação é baseado na interpretação e aplicação das leis por meio de um processo lógico dedutivo e hierárquico de argumentação. (ASHLEY, 2017, p. 38 e 53). Por sua vez, o *Modeling Case-based legal Reasoning* compreende um processo de técnicas de construção de analogias entre casos e conceitos jurídicos e a forma que foram aplicados anteriormente. (ASHLEY, 2017, p. 73). A partir da identificação do preceito legal, impende decidir sob o mesmo ponto de vista legal as semelhanças e diferenças processadas e analisadas que se aproximem com o caso (ASHLEY, 2017, p. 77).

Já a mineração de argumentos (*argument mining*), é capaz de formar uma estruturação de relações, por meio de analogias positivas entre casos e distinções de casos que não se relacionam, auxiliando, portanto, o processamento automático de linguagem natural da IA (ATKINSON, 2017, p. 11).

De toda sorte, a operacionalização da IA se dará através do *chatbot* com o *input* do magistrado com base no caso concreto a ser julgado, a partir do processamento das informações prestadas, resultará no *output* de uma base de fundamentação. Assim, essa ferramenta exerce o controle da fundamentação das decisões.

Desta feita, por fundar-se na sistematização da fundamentação, o *chatbot* daria uma base de decisão bem fundamentada, uma vez que a o processamento pela IA realizaria uma varredura no *dataset* de todos os processos judiciais e apontaria a relevância com os casos pacificados pelos tribunais superiores, resultando em uma jurimetria eficaz ao auxílio dos magistrados.

Não se deve omitir em alertar acerca das questões operacionais do uso da tecnologia potencializadas pela implementação na esfera pública. O grande alerta consiste aos chamados algoritmos enviesados, dos quais a programação e o desenvolvimento algoritmo resultam em decisões eivadas de ilegalidades.

A preocupação com os vieses cognitivos (*cognitive biases*) parte de que a programação e seleção de informações e dados na ciência da computação é sempre uma atividade humana, o que pode refletir o contexto social de quem os produziu. (NUNES; MARQUES, 2018, p. 5)

Isto posto:

> Com efeito, os algoritmos enviesados são aqueles que apresentam padrões deturpados em sua formação e se mostram bastante perigosos. Sob a falsa aparência de neutralidade, acabam por

> perpetuar vieses difíceis de serem percebidos, eventualmente até mesmo por seus programadores, carecendo da transparência necessária. O resultado é a legitimação, por meio da tecnologia, de tratamentos desiguais e discriminatórios, que se encontram como um dado real na sociedade e acabam sendo absorvidos pelos algoritmos. (ROQUE; DOS SANTOS, 2021, p. 67)

Nessa esteira, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n° 332/2020, dispondo diretrizes para a produção e uso de IA no Poder Judiciário. A resolução preceitua um dever de observância de questões éticas, bem como transparência em todos os processos de formação do algoritmo. Outrossim, a resolução impõe que todos os projetos de IA desenvolvidos para serem implementados nos tribunais devem ser comunicados ao CNJ para o devido controle (BRASIL, 2020a).

Não obstante, a resolução determina que a decisão algoritma não vincula o usuário, devendo possibilitar a incrementação e revisão. O que é devidamente observado no *chatbot* proposto, uma vez que o objetivo da IA é fornecer uma base da fundamentação que reúna as principais respostas jurídicas para o caso em análise (BRASIL, 2020a).

Forçoso é concluir que a utilização da Inteligência Artificial fica reservada com a finalidade de auxiliar os julgadores na construção de suas decisões, objetivando a otimizar o tempo de pesquisas jurídicas, pela identificação de precedentes e legislação.

5. CONCLUSÕES

Por mais que o dever de fundamentação das decisões judiciais almeja uma tendência de padronização decisória, importa em um controle da fundamentação quanto à racionalidade das razões analisadas caso a caso. Esse controle é imprescindível para determinar se a decisão está ou não bem fundamentada.

Posto isso, uma decisão bem fundamentada é aquela que individualiza a justificação racional de acordo com o ordenamento jurídico. Assim, a partir da sistematização da fundamentação proposta, com base na identificação dos elementos constitutivos de uma decisão judicial, possibilita ganho de racionalidade e melhora da fundamentação, uma vez que estabelece os pressupostos essenciais de uma decisão judicial em consonância com o ordenamento.

Desta feita, a sistematização da fundamentação das decisões judiciais proposta em um esquema de árvore de decisão, permite, pois, a construção de sistemas inteligentes de apoio ao magistrado na atividade decisória. A idealização desse algoritmo permite a criação de um *Chatbot*, o qual consiste em um sistema de perguntas e respostas baseadas nos elementos jurídicos de uma decisão bem fundamentada, o qual será respondido pelo magistrado observando cada caso para, por fim, processar e dar uma base de fundamentação.

É mister evidenciar que objetivo do *Chatbot* é fornecer uma base da fundamentação que reúna as principais respostas jurídicas para o caso em análise, com a finalidade de auxílio aos julgadores na construção das suas decisões, sucedendo na otimização do tempo de pesquisas jurídicas, pela identificação de precedentes e legislação, bem como resultaria na potencialização da qualidade e eficiência da prestação jurisdicional, por meio da modernização e aplicação de tecnologias inovadoras aliadas ao Poder Judiciário na concretização de direitos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Marina Montes; FERREIRA, Vivian M. Padrões e deficiências na fundamentação do STF: uma análise da construção argumentativa do STF na ausência de citação de jurisprudência. *Revista Direito em Debate,* v. 23, n. 41, p. 187-228, 18 mar. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n° 331 de 20 de agosto de 2020. *Institui a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – DataJud***.** Brasília, DF: CNJ, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n° 332 de 21 de agosto de 2020. *Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências.* Brasília, DF: CNJ, 2020a.

BRASIL. Lei n° 13.105 de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 03 de jun. 2020.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Almedina, 2013

DIDIER JR, Fredie**.** *Sobre a fundamentação da decisão judicial.* 2012 Disponível em http://www.frediedidier.com.br/artigos/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial/. Acesos em 03 de jun. 2020.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil***,** v. II. 11 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil.* São Paulo: Atlas, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Leonardo. Resenha do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile. (CEDAM, Padova, 1975), 2005, in *Revista de Processo*, ano 32, n° 144, fevereiro de 2007, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 306/327

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. *Direito e Inteligência Artificial*: Referenciais básicos com comentários à resolução CNJ 332/2020. Brasília: DR.IA, 2020.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. Projeto Victor: relato do desenvolvimento da Inteligência Artificial na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito.* V. 1, n.1, Jan-Abr., p. 1-20. 2020.

JURINEWS. *Juiz cria robô de autoatendimento para acelerar demandas processuais.* [s.l.] 2021. Disponível em: https://jurinews.com.br/xxslider_principal2/juiz-cria-robo-de-autoatendimento-para-acelerar-demandas-processuais/. Acesso em: 10 de mar. 2020.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza P. C. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO PROCESSUAL: VIESES ALGORÍTMICOS E OS RISCOS DE ATRIBUIÇÃO DE FUNÇÃO DECISÓRIA ÀS MÁQUINAS. *Revista de Processo*, v. 285, p. 421-447, nov. 2018.

POLETTO, Álerton Emanuel. Algoritmos na decisão judicial: suporte à fundamentação. *Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico*, Florianópolis, v. 2, n. 20, p. 15-24, 2020.

ROQUE, Andre Vasconcelos; DOS SANTOS, Lucas Braz Rodrigues. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA TOMADA DE DECISÕES JUDICIAIS: TRÊS PREMISSAS

BÁSICAS. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP***,** Rio de Janeiro, v. 22. n. 1, p. 58-78, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de Fundamentação das Decisões Judiciais sob o Olhar da Crítica Hermenêutica do Direito. *Revista. Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.160-179, jan./jun. 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre civil Law e o common Law e dos problemas de padronização decisória. In: *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 189, ano 35, novembro/2010. p. 11/52.

O SISTEMA DE CONSENSUALIDADE APLICADO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO PROFICIENTE MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA

KLEVENHUSEN, Renata Braga[1]
MIRANDA, Giovanna Campbell Vieira[2]
PEREIRA, Giselle Steinhagen Souza[3]

1 Pós-doutora pelo IFCS/UFRJ/Coimbra (2019). Pós-doutora pelo Instituto de Medicina Social da UERJ (2009). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2003). Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1997). Professora adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF-VR). E-mail: renatabragak@terra.com.br. Líder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (GEMESC-UFF/VR) e do Projeto de Extensão MeditaUFF.

2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF-VR). E-mail: giovannacampbell@id.uff.br. Membra do Grupo de Estudo e Pesquisa em Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (GEMESC-UFF/VR).

3 Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF-VR). E-mail: steinhagengiselle@id.uff.br. Membra do Grupo de Estudo e Pesquisa em Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (GEMESC-UFF/VR).

RESUMO

O trabalho analisa a inserção do sistema de consensualidade nos processos de recuperação judicial e a sua contribuição para a concretização do princípio constitucional do acesso à justiça – temática que foi ressaltada pelo hodierno contexto de crise sanitária e socioeconômica provocada pela COVID-19, com a consequente tendência de aumento de demandas referentes ao soerguimento de empresas. Para tanto, buscou-se uma análise bibliográfica acerca dos benefícios e congruências dos métodos consensuais de solução de conflitos e do instituto da recuperação judicial. Ademais, com o escopo de demonstrar a aplicabilidade da via consensual, investigou-se a implementação de projetos-piloto em determinados Tribunais de Justiça, que institucionalizaram o sistema de tratamento consensual de conflitos na fase pré-processual, no sistema de insolvência empresarial, diante do contexto de crise.

Palavras-chave: Sistema consensual; Litigiosidade; Acesso à justiça; Recuperação judicial; COVID-19.

1. INTRODUÇÃO

Consoante resultados do Justiça em Números de 2020, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, findou-se 2019 – ano-base da pesquisa – com a marca de 77,1 milhões de processos sem solução definitiva (CNJ, 2020). Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que tal resultado guarda pertinência com a enraizada "cultura da sentença" no sistema judicial brasileiro, o qual é delimitado pela noção de que acesso à justiça seria apenas o acesso ao Poder Judiciário, em uma perspectiva meramente formal (WATANABE, 2005).

Dessa forma, este trabalho tem como função precípua analisar a ressignificação do conceito de acesso à justiça – consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 –, muito mais abrangente do que a visão tradicional: trata-se da viabilização do acesso à ordem jurídica justa (WATANABE, 2005).

A imprescindibilidade dessa temática é notabilizada ao reconhecer a hodierna desestabilização da ordem socioeconômica provocada pela pandemia de COVID-19, em razão da qual, ante seu impacto no âmbito empresarial, tem-se a projeção do aumento do número de demandas de insolvência. À vista disso, a partir da análise da utilização do sistema da consensualidade pré-processual na recuperação judicial – implementado na estrutura de alguns Tribunais de Justiça –, buscou-se demonstrar a possível contribuição da inserção da cultura da pacificação como instrumento essencial não só para a desjudicialização, mas também como meio mais adequado para a solução do conflito e, consequentemente, para a tutela tempestiva do direito material.

Além de ser um eficaz meio de solução de conflitos, a consensualidade promove o restabelecimento da comunicação entre os envolvidos, com fins de propiciar um acordo que seja benéfico para todos – não apenas para uma das partes, como tradicionalmente ocorre em um processo judicial –, e permitir a continuidade das relações jurídicas, medida extremamente relevante para a saúde de empresas em dificuldades econômicas.

2. METODOLOGIA

Para o presente trabalho, a metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica e documental, sob abordagem qualitativa. Realizou-se o levantamento de informações e de dados pertinentes à temática por meio de livros, revistas especializadas, teses, bem como a análise de normativas internas do sistema judicial brasileiro.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1. A recuperação judicial e os métodos consensuais de solução de conflitos: generalidades e congruências

Em virtude da pandemia provocada pelo novo coronavírus e da decretação de estado de calamidade pública pelo Governo Federal, reacenderam-se os debates acerca do instituto da recuperação judicial.

Cumpre salientar que, não obstante o estímulo da aplicação do sistema consensual no ordenamento jurídico nacional, a Lei nº 11.101/2005, a qual disciplina os institutos da recuperação judicial e da falência, era omissa quanto à possibilidade de utilização da autocomposição nessas matérias (FARIA; ALMEIDA, 2021). Em face disso, no ano de 2019, o CNJ emitiu a Recomendação nº 58, na qual estimulava o recurso à mediação sempre que possível nos processos de recuperação judicial. Ademais, durante a elaboração deste trabalho, houve revogação de parte significativa da Lei nº 11.101/2005 pela Lei nº 14.112/2020, a qual entra em vigor em um cenário de profundo agravamento da crise econômica no país, com o aumento de pedidos de recuperação judicial e falências. Verifica-se que os métodos consensuais ganharam destaque com a nova lei. Esta, na Seção II-A – artigos 20-A a 20-D –, dispõe sobre o fomento à utilização dos métodos consensuais durante – e até mesmo antes – do processo de recuperação judicial, inclusive em sede recursal (FARIA; ALMEIDA, 2021). Somado a isso, o referido diploma legal incluiu ao artigo 22, I, a alínea "j", a qual determina o dever do administrador judicial de estimular, sempre que possível, a conciliação e a mediação nas recuperações judiciais, com fulcro no art. 3º, §3º, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Sob essa perspectiva, pode-se inferir que a Lei nº 14.112/2020 concorre para a consolidação do Sistema Multiportas no ordenamento jurídico nacional, coadunando-se aos diplomas normativos recentes que incentivam o sistema da consensualidade – em especial, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015).

Nesse toar, compreende-se que a empresa tem uma função social, sendo o seu corolário o princípio da preservação da empresa. A manutenção da atividade constitui objetivo principal da recuperação judicial – esta não tem como finalidade salvar o empresário, senão manter a atividade desenvolvida pela empresa em funcionamento, visto que os interesses coletivos preponderam em relação aos individuais (TOMAZETTE, 2017).

Nessa senda, um dos instrumentos para dar maior efetividade e celeridade aos processos e contribuir com a desjudicialização é a aplicação dos métodos consensuais nas demandas de recuperação judicial. Para tanto, o novel diploma normativo indicou as hipóteses em que a autocomposição pode ser utilizada. À visto disso, o art. 20-B, da Lei nº 11.101/2005, inserido pela Lei nº 14.112/2020, emana que se admite, antecedente ou incidentalmente, o uso da conciliação e da mediação nos processos de recuperação judicial:

> I - nas fases pré-processual e processual de disputas entre os sócios e acionistas de sociedade em dificuldade ou em recuperação judicial, bem como nos litígios que envolverem credores não sujeitos à recuperação judicial, nos termos dos
> §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei, ou credores extraconcursais;
> II - em conflitos que envolverem concessionárias ou permissionárias de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores ou entes públicos municipais, distritais, estaduais ou federais;
> III - na hipótese de haver créditos extraconcursais contra empresas em recuperação judicial durante período de vigência de estado de calamidade pública, a fim de permitir a continuidade da prestação de serviços essenciais; IV - na hipótese de negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial (BRASIL, 2020).

No entanto, o art. 20-B, §2º, da referida lei veda esses métodos autocompositivos nas questões que abordem a natureza jurídica e a classificação de créditos, assim como naquelas referentes aos critérios de votação em assembleia-geral de credores.

Nota-se que, a partir dessa nova estrutura, o Sistema Multiportas, em âmbito nacional, torna-se, paulatinamente, mais concreto – contribuindo para a necessária mitigação da litigiosidade do Brasil (SOUZA, 2021). Isso porque, ao longo do processo de recuperação judicial, há a tentativa de conciliar inúmeros interesses, o que coaduna com o cerne do sistema de consensualidade: a promoção da autonomia das partes e a superação da visão "ganha *x* perde". Os métodos autocompositivos promovem o protagonismo da solução dos conflitos para as partes, por meio do "empoderamento e do estímulo ao diálogo" (SZTJAN; VERA; NÓBREGA; SORRENTINO, 2020, p. 2370).

Nesse viés, conforme Ronaldo Vasconcelos (2012), o método alternativo mais compatível para a resolução dos múltiplos conflitos, presentes em um processo de recuperação judicial, é a mediação, pois estimula o restabelecimento do diálogo entre as partes conflitantes[4] – o que se faz imprescindível em relações negociais –, além de propiciar a participação de todos os sujeitos do processo de modo autônomo com a construção de um acordo por meio do regime de comunhão de interesses[5].

3.2. "Caso Oi": aplicabilidade da mediação em grande causa

Em 2016, o Grupo Oi requereu pedido de recuperação judicial, sendo deferido seu processamento pela 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro. Por meio de decisão monocrática, proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, permitiu-se a aplicação da mediação/conciliação entre o grupo e seus credores (STJ, 2017).

O ministro Marco Buzzi, relator do caso, fundamentou a decisão com base no argumento de que, além da – já alterada – Lei nº 11.101/2005 não ter apresentado nenhum impedimento ao uso da mediação nos processos de recuperação judicial, a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), por meio de seu art. 3º, emana que os litígios "sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação". Nota-se, pois, a harmonia presente entre os dispositivos que regem a mediação e a recuperação judicial (STJ, 2017).

No caso em tela, empregou-se a mediação em várias etapas e, também, por meio virtual – foram realizados mais de 35 mil acordos no Brasil e em Portugal durante a primeira mediação *online*[6]–, permitindo, assim, a tutela tempestiva do direito material em tela e, também, a economia de recursos[7].

---

4 O art. 165, §2º do Código de Processo Civil de 2015 emana que o conciliador deve agir, preferivelmente, nas hipóteses em que há uma relação anterior entre as partes.

5 Cabe apontar que a mediação não impossibilita a utilização de outros meios alternativos, como a conciliação. Esta, apesar de apresentar congruências com a mediação, demanda um comportamento mais afirmativo do terceiro imparcial (conciliador), podendo contribuir ativa e criativamente para que se atinja o acordo – não se pode descartar a possibilidade de, em razão de tal característica da conciliação, haver suspeita de uma conduta "parcial" do conciliador por parte de alguns credores (VASCONCELOS, 2012).

6 Disponível em: <http://www.cmaj.org.br/2019/03/13/fortalecimento-da-mediacao--nas-recuperacoes- judiciais/>. Acesso em: 09 mar. 2021.

7 Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-06/processo-de-recuperacao- da-oi-tem-mediacao-extrajudicial-para-20-mil>. Acesso em: 09 mar. 2021.

3.3. O aumento das demandas de recuperação judicial em razão da Covid-19

A compreensão da existência do que Pedro Holliday (2014, p. 3) denomina de "desequilíbrio congênito entre a litigiosidade crescente e a incapacidade estrutural de oferecer uma resposta adequada ao jurisdicionado" fez com que se despertasse uma maior atenção, no meio jurídico brasileiro, sobre o sistema da consensualidade.

No entanto, essa preocupação com a insuficiência da atuação do Poder Judiciário frente à multiplicidade de lógicas e de situações socioeconômicas progressivamente complexas e transnacionalizadas (SPENGLER; NETO, 2011) ainda permeia, hodiernamente, e foi alteada pelo advento da pandemia da Covid-19. Na verdade, tal efervescência recai, sobretudo, no âmbito empresarial. Isso porque, visando frear a cadeia de transmissão do vírus e manter a capacidade responsiva dos sistemas de saúde, o governo brasileiro implementou políticas de distanciamento social, culminando na paralisação de diversos setores – o que, por consequência, impactou, abissalmente, as atividades das empresas e o funcionamento da economia.

À vista disso, consoante dados do Sebrae, micro e pequenas empresas representam cerca de 99% do empreendimento brasileiro, sendo responsáveis pela geração de 52% dos empregos formais, além da participação em 27% do PIB. Em virtude da pandemia, tendo a segunda quinzena de março de 2020 como o período de maior número de medidas, mandatórias ou voluntárias, de restrição à mobilidade da população (CIMINI et al. 2020), observou-se que 89% dessas empresas já apresentavam queda de faturamento no final daquele mês – com uma média de declínio de 69%[8,9].

Todavia, não obstante respostas governamentais de mitigação dos efeitos da crise, visando ao aumento de liquidez, o ambiente para economia seguiu desafiador. De acordo com a "Pesquisa Pulso Empresa: Impacto da Covid-19 nas Empresas", promovida em junho de 2020 pelo IBGE, 522 mil empresas fecharam em virtude da pandemia, desde o início da crise sanitária até aquele mês. Dos empreendimentos em funcionamento, 70% alegaram impacto negativo em suas atividades e 34,6%

8 Disponível em: <http://www.agenciasebrae.com.br/asn/Estados/NA/Anexos/Pesquisa%20Sebrae.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2021.

9 A situação mostrou-se temerosa quando se analisou que 6,2 milhões desses pequenos negócios já estavam inadimplentes em janeiro de 2020 – quase 10% a mais em relação ao mesmo mês do ano anterior –, conforme pesquisa do Serasa Experian, disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de- imprensa/inadimplencia-das-empresas-aumenta-99-em-janeiro-segundo-serasa-experian>. Acesso em: 10 mar. 2021.

demitiram pessoal, dentre as quais, quase 30% reduziram em mais da metade da sua força de trabalho[10].

Em face desse contexto, o que se desencadeou foi uma onda de inadimplências. Nessa perspectiva, houve um fundado receio quanto ao aumento de pedidos de recuperação judicial e a sua impacção no sistema judiciário brasileiro, sob o entendimento de já atuar próximo ao limite de sua capacidade de absorção de demandas, apesar da elevação da produtividade da magistratura[11].

Nesse ínterim, somente em junho de 2020, em relação ao mês de maio, já foi possível observar um acréscimo de requerimentos de falência, em 28,9%, e de pedidos de recuperação judicial, em 82,2% – apuração registrada na base de dados da Boa Vista, os quais foram colhidos pelo Serviço Central de Proteção ao Crédito (SCPC) em fóruns, varas de falência, Diários Oficiais e da Justiça[12]. No que tange à decretação e ao deferimento dos pedidos, observou-se um aumento de 93% de falências e o dobro de recuperações judiciais, em 103,3%, no mesmo período[13].

3.4. Instituição dos programas nos Tribunais de Justiça

Como referido alhures, Tribunais de Justiça exploraram alternativas, anteriormente às modificações na Lei de Recuperação e Falência, para lidar com o número exponencial de demandas relativas à recuperação judicial, devido à situação pandêmica, de modo que se pudesse obter uma tutela satisfativa do direito material.

10 Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28294-pesquisa-pulso-empresa-entre-as-empresas-que-estavam-fechadas-na-1-quinzena-de-junho-39-4-encerraram-atividades-por-causa-da-pandemia>. Acesso em: 10 mar. 2021.

11 Também por meio do "Justiça em Números" de 2020, o CNJ observou o crescimento da produtividade dos magistrados e dos servidores no 1º grau de jurisdição, em 3,2%, e no 2º grau, em 11,5%. (p. 107).

12 Disponível em: <https://www.boavistaservicos.com.br/economia/falencias-e-recuperacoes-judiciais/>. Acesso em: 11 mar. 2021.

13 A percepção desse impacto é maior se comparado a junho de 2019: os pedidos de falência aumentaram 87,1%, enquanto as decretações, 71,3%. Sobre as solicitações de recuperação, notou-se uma elevação de 44,6%, ao passo que as decretações subiram 123,4%. Disponível em: <https://www.boavistaservicos.com.br/economia/falencias-e-recuperacoes-judiciais/>. Acesso em: 11 mar. 2021

Sob essa ótica, em agosto de 2016, a I Jornada de "Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios" editou o Enunciado nº 45, que dispõe sobre a compatibilidade entre mediação/conciliação e recuperação judicial, o que demonstra o posicionamento favorável da doutrina majoritária em relação à implementação do sistema de consensualidade no bojo do sistema de insolvência.

Na mesma linha, como já mencionado, o Conselho Nacional de Justiça, em 2019, editou a Recomendação nº 58, na qual se estimula o uso da mediação nos processos de recuperação judicial e de falências. Diante dessa concepção e do cenário de crise, alguns Tribunais de Justiça desenvolveram projetos-piloto a respeito do uso de métodos consensuais na etapa pré-processual de disputas empresariais.

Isso posto, têm-se como destaques os Tribunais de São Paulo, Paraná e Rio de Janeiro, pioneiros na criação de uma fase pré-processual, com o intento de simplificação em relação ao trâmite tradicional do sistema de insolvência, para que as empresas em inadimplência e seus credores possam realizar negociações prévias ao ajuizamento de demandas no Poder Judiciário.

Em face de sua essencialidade, a seguir, buscar-se-á uma análise pormenorizada dos projetos dos três Tribunais de Justiça Estaduais supracitados, visto que, consoante Cesar Cury (2020)[14], trata-se dos principais centros produtivos do Brasil.

3.4.1. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Em abril de 2020, aprovou-se a implementação de uma nova modalidade de Centro Judiciário de Solução de Conflitos (CEJUSC), direcionado, especificamente, a empresas em crise – denominado "CEJUSC Recuperação Empresarial". De forma experimental, foi instalada uma unidade na comarca de Francisco Beltrão.

O atendimento em tal centro destina-se a empresários que recorreriam ao processo de recuperação judicial e extrajudicial (ou empresas que fossem, eventualmente, decretadas falidas) no âmbito do Poder Judiciário e, agora, poderão contar com uma alternativa antes da instauração de um processo – isto é, consiste em uma etapa pré- processual[15]. Além

14 Desembargador da 11ª Câmara Cível e Presidente do Núcleo de Mediação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Membro da Comissão de Acesso à Justiça do CNJ e do IBPD. Ex-presidente do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação. Mestre e Doutorando em Direito.

15 Alguns requisitos deverão ser cumpridos pelo proprietário da empresa: juntar evidências de que não esteja falido e de que exerça atividade regular há mais de dois

disso, empreendimentos que já estejam sujeitos à fase processual da recuperação também podem fazer uso da plataforma[16].

Desse modo, o intuito do TJ-PR é dar continuidade ao projeto com a reabertura dos edifícios e expandir para outras comarcas. Durante a vigência do período de restrições, os atendimentos serão feitos à distância, por intermédio de instrumentos de comunicação remota, já empregados em outros CEJUSCs. Assim, na hipótese de haver um acordo, este poderá ser homologado por um juiz, e terá validade de título judicial[17],[18]

3.4.2. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Também em abril de 2020, foi instituído o projeto-piloto no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio do Provimento CG nº 11/2020, de conciliação e mediação pré-processuais para disputas empresariais decorrentes da pandemia (Art. 1º). Esse programa vigorará até 120 dias após o fim do "Sistema Remoto de Trabalho", estando sujeito à análise de sua prorrogação e possível integração à estrutura já contemplada pelo referido Tribunal (Art. 11).

No que tange ao procedimento, em virtude da conjuntura de isolamento social, a proposta foi utilizar os recursos de comunicação remota. Os pedidos formulados deveriam ser encaminhados para o e-mail institucional, tendo a obrigatoriedade da vinculação do pedido e da causa de pedir a questões advindas da crise da Covid-19 (Art. 2º).

Conforme disposto nos arts. 4º e 5º do Provimento citado *a priori*, a partir do recebimento do pedido, estipular-se-á audiência de conciliação, no prazo máximo de sete dias – contados do protocolamento do pedido. Frus-

anos; evidenciar que não foi beneficiado da recuperação judicial há mais de cinco anos; comprovar que se trata de agente econômico em crise econômico-financeira; entre outros contidos no artigo 48 da Lei nº 11.101/2005. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-26/empresas-pr-negociar-credores-modo-pre-judicial>. Acesso em: 11 mar. 2021.

16 Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/home/-/asset_publisher/9jZB/content/id/35253519>. Acesso em 11 mar. 2021.

17 Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/home/-/asset_publisher/9jZB/content/id/35253519>. Acesso em: 12 mar. 2021.

18 Além disso, foi inaugurado o CEJUSC Virtual, em virtude do contexto pandêmico, também em uma modalidade pré-processual, para litígios relacionados aos âmbitos civil e empresarial, em que as partes podem preencher um formulário a fim de solicitar uma audiência. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/cejuscvirtual>. Acesso em: 12 mar. 2021.

trada a tentativa conciliatória, a demanda será encaminhada a um mediador – o qual será designado pelo juiz, ou, de comum acordo, pelas partes.

3.4.3. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Na mesma esteira, buscando soluções de autocomposição, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro instituiu, em junho de 2020, o Regime Especial de Tratamento de Conflitos Relativos à Recuperação Empresarial e Falência (RER) – por meio da edição do Ato Normativo nº 17/2020. Nos termos de seu art. 1º, tal programa é dirigido a empresários e a sociedades empresárias, além de outros agentes econômicos – isto é, a exigência é de que se enquadre nos fins estabelecidos no art. 966 do Código Civil de 2002, qual seja, a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Outrossim, esse Regime Especial direciona-se a processos judiciais e procedimentos extrajudiciais de litígios empresariais decorrentes das consequências fáticas ocasionadas pela pandemia de Covid-19 (Art. 1º). Todavia, o método alternativo escolhido por esse Tribunal para a solução das demandas foi a mediação, tanto na seara pré-processual, como na processual, segundo dispõem os arts. 2º e 13.

Os parágrafos do art. 2º do Ato Normativo elencam uma série de diretrizes acerca do uso da mediação nas situações de insolvência. Nesse sentido, a título de ilustração, tem-se a admissão da autocomposição nas ações locatícias referentes a imóveis de empresas inadimplentes, inclusive das que já estão em recuperação (§6º). Ademais, permite-se a mediação dos casos atinentes a créditos não abarcados pelo tradicional processo de recuperação, inclusive os créditos extraconcursais, conforme o § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 (§9º). No entanto, apesar dessa ampla aplicação, é vedada a autocomposição quanto à classificação dos créditos (Art. 3º).

Assim como os outros Tribunais, os arts. 6º e 8º e inciso II do art. 10 emanam que os procedimentos serão conduzidos por ferramentas de comunicação remota, sendo necessária a formulação do requerimento por e-mail da instituição pelo interessado. Posteriormente, realizar-se-ão sessões de mediação por terceiros imparciais cadastrados e em exercício regular no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e nas Câmaras Privadas de Mediação Credenciadas vinculados ao NUPEMEC – no prazo máximo de até dez dias úteis.

3.4.4. Considerações a respeito dos projetos

A inovação administrativa dessas Cortes – em adotar um sistema de consensualidade pré-processual voltado, especificamente, às lides empresariais decorrentes da hodierna crise da Covid-19 – suscitou o Conselho Nacional de Justiça a incentivar a irradiação desse arranjo para os demais Tribunais de Justiças brasileiros. À vista disso, em junho de 2020, o órgão propôs, por meio do Ato Normativo nº 0005479- 03.2020.2.00.0000, a recomendação para a criação do "Cejusc Empresarial", centro que poderá servir de palco para negociações prévias à recuperação de empresas.

Para tanto, a sugestão era implementá-lo de acordo com as necessidades e as possibilidades de cada Tribunal, aproveitando, inclusive, as câmaras de mediação já cadastradas, bem como realizando a capacitação específica de conciliadores e mediadores em matéria empresarial. A intenção, portanto, é reduzir o número de demandas de cobrança e de insolvência, contribuindo para a superação da crise.

Todavia, há que se considerar que a adoção prévia de mecanismos pacificadores de conflito pode revelar-se útil mesmo que não se alcance um acordo. Nessa perspectiva, como as partes já teriam iniciado uma tentativa de recomposição de relações, as demandas chegariam "facilitadas" para os juízes, os quais poderiam compreender melhor os reais interesses e as necessidades dos indivíduos envolvidos – possibilitando uma solução mais adequada em um menor tempo. Ou seja, ainda que seja infrutífero o consenso e, por isso, não se evite a judicialização, os programas mostram-se do mesmo modo interessantes, visto que contribuíram para a condução do processo judicial, além de facilitar o diálogo entre as partes para a construção de um plano compatível aos seus interesses (GABBAY, 2011).

Outrossim, as situações-problema decorrentes da conjuntura pandêmica expressam uma complexidade jurídica na atribuição de responsabilidades, haja vista que a extraordinariedade contextual é vivenciada por todos. Nesse sentido, torna-se conveniente, em um primeiro plano, a busca pela autocomposição dessas controvérsias, em que há a primazia pela renegociação pacífica e criativa das relações empresariais, para que a solução alcance um patamar mais próximo do equilíbrio e, portanto, da justiça (SZTJAN; VERA; NÓBREGA; SORRENTINO, 2020).

Faz-se válido ressaltar os resultados da pesquisa da Universidade de São Paulo (USP) – "mediação e conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para a proposição de ações eficientes" –, publicado pela Série

"Justiça Pesquisa", do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Para fins metodológicos, a pesquisa considerou que os processos finalizados por homologação passaram, de alguma forma, por mediação ou conciliação. Nesse viés, 22.276 dos 256.056 processos analisados foram homologados (8,7%).

Concomitantemente, a duração média no conjunto de todos os processos foi de 1.019,5 dias (aproximadamente 2,8 anos). Entretanto, em uma análise pormenorizada dos tipos de processo, pôde-se notar que a duração média dos processos homologados foi de 585 dias (aproximadamente 1 ano e meio), enquanto a dos não homologados, 1.061 dias (próximo de 3 anos). Isto é, aqueles têm pouco mais da metade do tempo de duração destes. Torna-se claro, portanto, que, com o uso dos métodos consensuais,

> (...) o conflito fica definitivamente resolvido, contribuindo para a pacificação social e redução de conflitos como um todo, com um efeito duradouro e que resultará em uma diminuição dos litígios a serem solucionados pelo Judiciário a longo prazo. Ademais, a resolução de conflitos por meio de acordo proporciona às partes uma sensação maior de justiça, uma vez que essas podem chegar à composição do litígio de forma a contemplar as visões e vontades de ambas, a fim de que nenhuma parte se sinta lesada (CNJ, 2019, p. 93-94).

Sob esse prisma, com o advento da Lei nº 14.112/2020, reforçou-se o escopo desses projetos em tempos de pandemia, prevendo, inclusive, a possibilidade das realizações de sessões de conciliação e de mediação de forma virtual, no art. 20-D da Lei de Recuperação Judicial e Falência.

Ademais, faz-se imperioso destacar que a adoção desses projetos-piloto pelos Tribunais Estaduais sempre estará em consonância com as legislações que regem os métodos consensuais de solução de conflitos (como a Lei nº 13.140/2015 e certos dispositivos da Lei nº 13.105/2015) e a recuperação judicial (Lei nº 11.101/2005). Isso porque

> (...) as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si (...). Esse contexto de normas costuma ser chamado de "ordenamento" (BOBBIO, 1995, p. 19).

O Regime Especial de Recuperação Empresarial do TJ-RJ, por exemplo, dispõe, em seu art. 4º, que o acordo resultante da mediação não exclui o controle de legalidade feito pelo magistrado e, também,

não impede as hipóteses de formação da Assembleia Geral de Credores previstas na Lei de Recuperação e Falências.

Por derradeiro, infere-se que a instituição dos projetos analisados neste tópico contribui significativamente para a institucionalização de um Tribunal Multiportas no ordenamento jurídico brasileiro. Consequentemente, a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos, em especial na etapa pré-processual, tornar-se-á uma alternativa para proporcionar uma resposta célere e adequada aos indivíduos em busca da tutela de determinado direito material (SILVA; MUNIZ, 2018).

4. CONCLUSÕES

À vista disso, sob a conjectura da crise ocasionada pela pandemia de COVID- 19, houve um notório avanço na implementação do sistema de consensualidade com o objetivo de incentivar a composição dos conflitos em fase prévia à recuperação judicial ou em demandas já ajuizadas.

Pode-se inferir, portanto, que a maior inserção das ferramentas consensuais – em especial a via da mediação – aumenta a possibilidade de recuperação da empresa, visto que, além de tratar da relação creditícia entre as partes, permite ampliar a pauta para reconstruir a relação entre os litigantes e realizar planos prospectivos para continuidade da relação jurídica.

Verifica-se, assim, que o sistema da consensualidade trouxe importante contribuição para a consolidação do projeto constitucional de comprometimento do Estado Democrático de Direito com a solução pacífica das controvérsias, impulsionando a consagração de uma ordem jurídica justa.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. *Lei Nº. 11.101*, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101>. Acesso em: 08 abr. 2021.

BRASIL. *Lei Nº. 14.112*, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm#art1>. Acesso em: 08 abr. 2021.

CIMINI, Fernanda et al. Análise das primeiras respostas políticas do Governo Brasileiro para o enfrentamento da COVID-19 disponíveis no Repositório Global Polimap. Cedeplar - Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 013, 2020.COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça Pesquisa*. 3. ed. Brasília (DF): CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp- content/uploads/2011/02/e1d2138e482686bc5b66d18f0b0f4b16.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020.

CURY, Cesar. Recuperação judicial e o Regime Especial de Recuperação Empresarial (RER). *JOTA*, São Paulo, 02 jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e- analise/artigos/recuperacao-judicial-e-o-regime-especial-de-recuperacao-empresarial- rer-02072020>. Acesso em: 09 mar. 2021.

FARIA, Letícia Stival de; ALMEIDA, Rodrigo Lopes de. *A nova lei de falências e os métodos alternativos de resolução de conflitos*. Migalhas. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/340603/a-nova-lei-de-falencias-e-os-metodos- alternativos-de-resolucao>. Acesso em: 05 abr. 2021.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

HOLLIDAY, Pedro Alberto Pereira de Mello Calmon. Os métodos consensuais e sua cultura evolutiva: redução da litigiosidade e concretização de direitos. MEDEIROS, Orione Dantas de; BARBOSA, Claudia Maria; SANTOS, Nivaldo dos. *Acesso à justiça* II. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 433-461.

SILVA, Marcos Claro da; MUNIZ, Tânia Lobo. *O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos*. In: Volume Especial da Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 39. Porto Alegre: UFRGS, 2018. p. 288-311.

SOUZA, Sérgio Carlos de. *A justiça multiportas na nova lei de recuperação empresarial*. Folha Vitória. 2021. Disponível em: <https://www.folhavitoria.com.br/geral/blogs/direito-ao-direito/2021/01/04/a-justica-multiportas-na-nova-lei-de-recuperacao-empresarial/>. Acesso em: 05 abr. 2021.

SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo. *O acesso à justiça como direito humano básico e a crise da jurisdição no Brasil*. Scientia Iuris, Londrina, v. 15, n.2, 2011, p. 53-74.

STJ. *PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA: TP – 1049 RJ 2017/0284959-6*. Relator: Ministro Marco Buzzi. DJ: 09/11/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/520221506/pedido-de-tutela-provisoria-tp-1049-rj-2017-0284959-6/decisao-monocratica-520221523?ref=juris-tabs>. Acesso em: 09 mar. 2021.

SZTJAN, Rachel; VERA, Flavia Santinoni; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; SORRENTINO, Luciana Yuki Fugishita. CONTRATOS EM TEMPOS DE COVID-19. In: ARAÚJO, Fernando (dir.). *REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA*. Lisboa: RJLB, Ano 6 (2020), nº 4, p. 2325-2389.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas*, v. 3. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VASCONCELOS, Ronaldo. *Princípios processuais da recuperação judicial*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

PROTAGONISMO JUDICIAL, PRECEDENTES E PESSOALIDADE NAS DECISÕES

SMARZARO, Andressa Borges[1]
CASTILHOS, Ian Fernandes de[2]

1 Advogada e sócia fundadora do escritório Smarzaro Advocacia e Consultoria. Pós-graduanda em Direito Financeiro e Tributário pela UERJ e MBA em Gestão Tributária pela USP. Especialista em Direito e Tecnologia, com ênfase em Direito Público, Regulação e Governo. Bacharel em Direito pela UFRJ. Contato através do e-mail: smarzaro@live.com

2 Advogado do escritório CCRZ – Advogados Associados; Árbitro na Câmara Especializada em Mediação e Arbitragem. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Especialista em Advocacia Tributária pela Ebradi e em Direito Público pela PUC. Contato através do e-mail: iancastilhosadv@gmail.com

RESUMO

É possível perceber, ao longo do século, uma preocupação crescente quanto à garantia e preservação da força normativa da Constituição, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais, a partir de uma leitura moral do Direito, que atribui ao Juiz o papel de partícipe da criação normativa. Para isto, a doutrina e a legislação brasileira tentam se apropriar de técnicas e paradigmas teóricos próprios da tradição jurídica denominada Common Law. Neste contexto, o precedente ganha protagonismo como fonte normativa. Portanto, faz-se pertinente indagar sobre a viabilidade de uma cultura de respeito aos precedentes no contexto judicial brasileiro. A partir da pesquisa bibliográfica, o presente trabalho objetiva sustentar a tese de que, na atual conjuntura, o principal óbice existente é a pessoalidade das decisões, o que não pode ser corrigido através de simples imposições legais.

Palavras-chave: Precedentes; Neoconstitucionalismo; *Common Law*; Teoria da Decisão; Protagonismo Judicial.

1. INTRODUÇÃO

Lançando mão do haikai intitulado "Incenso Fosse Música", Leminski declama que "isso de querer ser exatamente aquilo que a gente é, ainda irá nos levar além" (2013, p.140). Noutras palavras, conhecer-se e se aceitar como é, seria o grande passo para o avanço. É o que se pretende pontuar neste artigo. Salienta-se, a princípio, que não há a intenção de se utilizar de um brasilianismo jurídico *démodé* como panaceia para todas as celeumas. Estas linhas compõem um espaço para análise de peculiaridades da cultura jurídica, com o fito de formulação de juízos de adequação ou inadequação de apropriação de outros elementos culturais.

A problemática está centrada na possibilidade de se falar em precedente como fonte normativa no atual contexto brasileiro. Referida questão, num primeiro momento, pode não transmitir seus desafios e percalços, uma vez que, em contextos específicos, é possível a reconstrução argumentativa dos motivos da decisão para reutilização em um novo caso-problema, mas a controvérsia possui relevância crescente através de um movimento doutrinário que visa se apropriar do modelo em que o precedente não é *apenas uma* fonte normativa, e que, muito embora não seja a principal, é a que exerce o papel de correção moral e concretização do Direito. Neste ambiente, onde o precedente toma a figura de protagonista em um sistema, sua cognoscibilidade deve ser levada a sério e maior deve ser o debate sobre esta utilização.

O estudo se embasa em pesquisa bibliográfica, visto que a revisão completa da bibliografia relacionada ao tema demandaria outro formato mais extenso. São linhas gerais para um debate, onde se propõe um verdadeiro ponto de partida. Será utilizada como Corte-paradigma o Supremo Tribunal Federal, a fim de traçar os argumentos indutivos que sustentam a hipótese da pesquisa, que consiste em apontar a pessoalidade dos Ministros como o principal elemento que obsta a possibilidade de uma cultura de precedentes.

No primeiro capítulo, busca-se descrever o cenário doutrinário que torna relevante o trabalho, discorrendo-se sobre os paradigmas denominados "Neoconstitucionalismo" e "Neoprocessualismo", que instrumentalizam elementos teóricos e técnicas de decisão próprios da *Common Law* para realizarem suas finalidades. Os paradigmas supracitados, como será visto no momento oportuno, baseiam-se, principalmente, na abertura moral do Direito e no protagonismo do juiz enquanto agente concretizador do Direito Justo. Entretanto, é neste momento que se inicia a problematização

quanto à possibilidade do uso do precedente como fonte normativa, através da dificuldade de se encontrar uma *razão de decidir* da Corte.

Vale ressaltar que modelos de engenharia de poder, tais como o controle de constitucionalidade funcionalizado como fonte normativa; o papel do legislativo; do executivo e do judiciário, são eleitos, entre outros elementos, por critérios políticos que atendam às necessidades sociais ou à vontade do poder vigente, sendo, portanto, meros instrumentos. Por serem meios e não fins, é inviável dizer que tais estruturas possam ser analisadas ao modelo certo-errado, moral-imoral, correto-incorreto. Sua análise deve ser feita de modo a verificar sua adequação ou inadequação ao contexto social.

O segundo capítulo, por sua vez, demonstra a diferença entre jurisprudência e precedente, bem como argumenta que o modelo brasileiro tem se aproximado muito mais do uso da primeira fonte normativa do que da última. A jurisprudência, no contexto brasileiro, se expressa, principalmente, pela edição de súmulas, que não podem ser confundidas com a reconstrução argumentativa de casos paradigmáticos, esta sim denominada precedente.

A compreensão do precedente, em seu devido contexto teórico, demanda a possibilidade de se separar a *razão de decidir* dos *elementos argumentativos*, que não possuem relação direta e necessária com a decisão. Em resumo, a cognoscibilidade de suas razões é condição de possibilidade do uso de precedentes como fonte normativa. O empecilho encontrado é a pessoalidade dos votos/decisões, que inviabilizam uma razão de decidir da Corte como um todo, ocasionando falta de continuidade e incoerência nos julgamentos.

Neste contexto, pretende-se demonstrar, com a terceira parte do artigo, a influência pessoal de cada ministro nas decisões, bem como a variação da taxa de consenso da corte de acordo com o relator do processo, tudo a partir de estudo empírico, dialogando diretamente com outros estudos relevantes, que vêm no relator de cada caso- paradigma a própria personificação da razão de decidir da corte.

A pessoalidade, para fins deste artigo, demonstra-se, principalmente, em dois aspectos, quais sejam: (i) a pessoalidade dos ministros na confecção dos votos e (ii) a pessoalidade do ministro-relator como influência para a decisão final. Aquele será apresentado na segunda parte do artigo e este no último.

A partir deste caminho, a hipótese sustentada é de que, no atual contexto cultural, não é possível se falar em cultura de respeito ao precedente, devido a pessoalidade das decisões e votos. Este dado não possui o condão de retirar dos juízes a legitimidade democrática nos processos

comuns ou no controle de constitucionalidade. A conceituação do tipo "bom" ou "mau" desta informação é subjetiva e a finalidade deste trabalho é meramente demonstrar que esta pessoalidade é um dado.

1. ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E A APOSTA NO PROTAGONISMO JUDICIAL

1.1 Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo

Por critérios políticos, os sistemas jurídicos desenvolveram-se de forma diferente e retiraram sua principal fonte normativa de elementos singulares. Na Inglaterra, o direito comum preponderou sobre os mandamentos do parlamento. Na França revolucionária, o combate ao direito natural do *acien régime* abriu portas para um direito precipuamente codificado (STRECK, 2017, p.30). Cada formação histórica parte de uma dinâmica adversarial do tipo amigo/inimigo e não é, *a priori*, ontologicamente melhor do que outra.

Entretanto, há algum tempo, por influência dos entusiastas do "Neoconstitucionalismo", o direito processual brasileiro tenta se aproximar da tradição anglo-saxã denominada *Common Law*. Este último tem por característica o precedente como principal fonte normativa. Exemplos destas tentativas podem ser encontrados na Lei nº 8.756/98, na criação da súmula vinculante com a emenda constitucional 45/04 e na Lei nº 11.276/06.

O marco histórico do "Neoconstitucionalismo", para Luís Roberto Barroso, seria a reconstitucionalização da Europa após a 2ª Grande Guerra e ao longo do Século XX, ambiente que redefiniu o lugar da Constituição nas instituições jurídicas. A principal referência deste novo paradigma é a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, bem como a criação do Tribunal Constitucional Federal três anos após. A partir deste marco, são iniciadas novas produções técnicas que influenciam posteriormente a Constituição da Itália, em 1947, e a criação da sua Corte Constitucional, em 1956; a reconstitucionalização de Portugal, em 1976; da Espanha em 1978 e, por fim, no Brasil em 1988 (BARROSO, 2006, p.3). Percebe-se, portanto, a relação umbilical nestes países entre o processo de reconstitucionalização e a criação de Cortes Constitucionais.

Do ponto de vista filosófico, o marco teórico é o pós-positivismo enquanto união entre o que havia de melhor no positivismo jurídico e no jusnaturalismo. Isto porque esta segunda corrente teórica foi fundada sobre a premissa de princípios de justiça universalmente válidos, tentando aproximar

a razão da lei. Esta corrente, que buscava explicações no plano metafísico, foi superada pelo positivismo, que tinha por finalidade garantir a segurança jurídica e a objetividade do Direito durante o século XIX. Entretanto:

> Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2a. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito (BARROSO, 2006, p.5).

O Positivismo falha miseravelmente com a humanidade naquele século, pois ao separar Direito e Moral, acaba desprezando os ideais de justiça, retomados então pelo Pós-positivismo. Assim sendo, tal vertente teórica busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas (BARROSO, 2006, p.6).

Vale mencionar que há pós-positivistas que discordam veementemente desta explicação do autor supracitado (ABBOUD, 2017, *passim*), separando positivismo de exegetismo e vendo no pós-positivismo não a mera abertura moral do Direito, já que o positivismo não separa Direito e Moral, mas a Ciência e Direito (STRECK, 2017, p.34). Pós-positivismo seria, portanto, a crítica a três teses positivistas, quais sejam, (a) a tese do pedigree, ou tese das fontes sociais, que milita pela definição de regras jurídicas a partir de como elas foram criadas; (b) a tese da discricionariedade (textura aberta do direito ou moldura do direito) e (c) a tese da obrigação, que é o condicionamento à existência de uma regra jurídica (DWORKIN, 1978, p.17-19). Entretanto, no contexto brasileiro, não é assim que o paradigma foi apropriado (STRECK, 2017, p. 78-82).

Parte da doutrina entende que o "Neoconstitucionalismo", do ponto de vista metodológico-formal, é caracterizado pela alta normatividade da Constituição, superioridade e centralidade do diploma normativo. Do ponto de vista material, é tido pela incorporação explícita de valores e a expansão de conflitos filosóficos entre as opções normativas no bojo do próprio sistema (BARCELOS, 2005, p.84), exigindo-se, assim, uma coparticipação na criação da norma jurídica no caso concreto.

> Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. (BARROSO, 2006, p.8)

As cláusulas gerais da codificação, por decorrência da indeterminação semântica, por si só, não seriam suficientes para gerar uma resposta juridicamente adequada. A plasticidade do Direito legislado teria a necessidade de uma complementação. Entretanto, além de um caráter de complementação do Direito legislado, o juiz assume, ainda, um papel moral com a sociedade, de garantir as finalidades da Constituição.

Cria-se um espaço de legitimidade democrática para o juiz atuar como uma espécie de *alter ego*, tanto do legislativo, no exercício da coparticipação da criação da norma, quanto das políticas públicas do executivo. Tal mudança no contexto teórico dá especial relevo ao precedente e à jurisprudência enquanto fontes normativas.

Ainda neste contexto, Humberto Ávila descreve quatro tipos de fundamentos para o "Neoconstitucionalismo": (a) o fundamento normativo (ÁVILLA, 2009, p.3); (b) o fundamento metodológico (ÁVILLA, 2009, p.7); (c) o fundamento axiológico (ÁVILLA, 2009, p.12) e (d) o organizacional (ÁVILLA, 2009, p.16). O primeiro seria um caminho do novo paradigma de substituição gradual das regras por princípios. Do ponto de vista metodológico, haveria a troca da subsunção para a ponderação, enquanto do ponto de vista axiológica, a preocupação sairia de uma justiça geral para uma justiça particularmente considerada no caso concreto. Por fim, do ponto de vista organizacional, o poder Legislativo cede seu espaço para o Judiciário, com o agente que deve concretizar o Direito (justo).

Assim sendo, da bibliografia selecionada depreende-se dois aspectos comuns: (a) a abertura axiológica do Direito; (b) um novo papel do Judiciário. Sem considerar possíveis incoerências internas na fundamentação

desta mudança, a mesma é um dado presente em boa parte da produção doutrinária brasileira.

Por tais razões, há quem mencione a existência de um "Neoprocessualismo" como nomenclatura didática que indica uma conexão entre a teoria do processo e o aporte metodológico e filosófico do "Neoconstitucionalismo". Na esteira da ideia de moralização do processo, há, também, a corrente chamada de:

> fase do desenvolvimento do direito processual de formalismo-valorativo, exatamente para destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual (DIDIER, 2017, p. 53).

Neste contexto, haveria uma preocupação maior, tanto pelo legislador, quanto pelo juiz, de concretizar o Direito de uma forma mais justa, visando direitos fundamentais, como o acesso à justiça e o devido processo legal substantivo, que, em uma mescla de instrumentalismo e garantismo, "complementam-se pela adoção do princípio da proporcionalidade, permitindo que os conflitos de direitos fundamentais sejam resolvidos, à luz do caso concreto, sem posturas inflexíveis que negariam tanto o *neoconstitucionalismo* quanto o *neoprocessualismo*" (LOURENÇO, 2012, p. 221).

É nesse cenário que a EC 45/04 cria a possibilidade de o STF, após reiteradas decisões de cunho constitucional, por dois terços de seus membros, editar *súmulas* com efeitos *vinculantes* para os órgãos do Poder Judiciário e do Executivo, no art. 103-A da Constituição Federal. A Lei nº 11.276/06 dá ao art. 518 do CPC/73 a redação do § 1º, que proíbe o Juiz de receber apelação de sentença que esteja em conformidade com súmulas do STJ ou do STF. Pode-se citar, ainda, a Lei n. 11.276/06, que cria a possibilidade de julgamento liminar de demandas repetitivas e a inserção do julgamento de recursos excepcionais repetitivos por amostragem no art. 543-A e art. 543-C do antigo códex processual.

Criou-se, assim, um *microssistema de litigiosidade repetitiva*. A partir de uma opinião da corte, instrumentalizada através de súmulas, e que tem por base decisões reiteradas, criam-se normas gerais e abstratas que complementam o direito legislado. A consequência dessa racionalidade jurisprudencial é um novo engessamento; troca-se a generalidade e abstração da lei pela generalidade e abstração da jurisprudência. Para combater a mera mecanização da jurisprudência, o Novo Código de Processo Civil nasce com uma proposta:

> [exercer] uma função contra-fática na tentativa de promover um aprimoramento qualitativo do sistema de precedentes de modo a ofertar um diálogo genuíno na formação dos julgados que leve a sério todos os argumentos relevantes para o deslinde da situação em julgamento. O novo CPC busca se alinhar ao modelo democrático e constitucional de processo, com o reforço de seu aspecto principiológico logo em seu capítulo introdutório, que menciona expressamente o princípio de boa-fé objetiva (art. 5º), da cooperação entre os sujeitos processuais (art. 6º – teoria normativa da comparticipação), e do contraditório como paridade de armas (art. 7º), de bilateralidade de audiência (art. 9º), e, mais importante, como garantia de influência e não- surpresa (art. 10º), de modo a impedir a potencial manutenção do sentido das reformas processuais gestadas sob o denunciado discurso neoliberal (CUNHA *et al.*, 2015, p.6).

Enquanto no paradigma anterior a jurisprudência buscava uma justiça quantitativa de resolução de demandas, o momento da atualização do Código é pela busca de justiça qualitativa, apostando nos elementos "neoconstitucionais". O art. 1º, por exemplo, tem como finalidade performática informar que o processo civil será interpretado conforme os valores e normas fundamentais da Constituição. Há uma dúplice função neste ato: (i) moralizar o processo e (ii) corroborar o protagonismo judicial. Do ponto de vista teórico, não há necessidade de uma norma legal determinar este respeito. Trata-se de um ato simbólico.

Aposta-se em métodos de decisão oriundos da *Common Law*, como o *distinguishing,* para afastar o caso concreto do precedente; o *widening*, para ampliar; ou o *narrowing*, para reduzir. Tais técnicas visam garantir a maleabilidade da jurisprudência diante do caso concreto (CUNHA *et al.*, 2015, p.9), e o dever de observância encontra-se no art. 927 do CPC, sendo vedada a mera indicação da fonte e o uso do *principiologismo* típico dos movimentos "neoconstitucionais" como fundamentação.

Doutro lado, além do juiz que aplica o precedente, está o tribunal que o faz e que, por sua vez, está, na forma do art. 926 do CPC, obrigado a manter a coerência, integridade e estabilidade como pontos centrais de um modelo de precedentes e também condição de possibilidade de existência:

> Decidir à luz da integridade e coerência representa muito mais do que garantir a estabilidade. Jurisprudência meramente estável é uma jurisprudência que se basta e, embora se decida de acordo com o que já se decidiu, não há preocupação em se decidir con-

> forme a Constituição, seus princípios, a legalidade, ou mesmo em harmonia com o que os outros juízes e tribunais vêm decidindo (CUNHA *et al*, 2015, p.25).

Cada decisão dos Tribunais Superiores seria um novo capítulo de uma estória, devendo cada escritor considerar a continuidade do enredo, e não realizar um novo começo a cada capítulo (DWORKIN, 2003, p.277-278). A intepretação e aplicação do direito devem ser feitas à luz da integridade, ou seja, a decisão judiciária deve ser coerente com os princípios, bem como ser, em grande medida, universalizável (FARALLI, 2006, p.13). Tais premissas teóricas e metodológicas teriam o fito de garantir maior justiça na decisão individualmente considerada ao mesmo tempo, que não perde de vista o caráter de medida do Direito.

1.2. Algumas notas sobre Common Law, Civil Law e a (im)possibilidade de imposição legal do respeito ao precedente

Como dito no primeiro parágrafo, esta tentativa de aproximação da tradição jurídica do *Common Law* não é, *a priori*, boa ou ruim. Ela possui potencialidades fortemente democráticas e substantivas de concretização das premissas Constitucionais, tão caras nos tempos atuais. Entretanto, esbarra-se em alguns problemas de cunho cultural. Neste aspecto, a crítica mais contundente do paradigma atual em comparação com a cultura de precedentes enfatiza:

> [...] a impossibilidade de pretender instituir esses mecanismos no Brasil, mediante alterações legislativas. Isso porque o sistema de precedentes e o *stare decisis* não surgiram e se consolidaram no *common law* repentinamente. Muito diversamente, são frutos do desenvolvimento histórico daquelas comunidades, de modo tão evidente que, na Inglaterra ou Estados Unidos, o respeito ao precedente é possível mesmo inexistindo qualquer regra legal ou constitucional que explicite a obrigatoriedade de se seguir o precedente, ou que lhe atribua efeito vinculante. Aliás, lido corretamente o CPC vigente, em seu artigo 927, sequer deve ser considerado como tentativa de implementação de *stare decisis*, uma vez que, nenhum dos incisos do art. 927 existem nos EUA. Na realidade, ele consiste em mecanismo normativo de enfrentamento de litigiosidade repetitiva, conforme passamos a demonstrar nos tópicos subsequentes (ABBOUD, 2017, *livro digital*).

Ora, a regra do *stare decisis* e a consolidação dos precedentes não foram construídas do dia para a noite e não são originadas de um determinado dispositivo legal: existe um elemento cultural no entorno. Deve-se a Heller a mitigação da cisão entre *ser* e *dever ser*. O Direito e, neste caso, a Constituição, não podem ser vistos meramente como normatividade e nem tão pouco somente quedar-se em um sociologismo. Deve-se notar a essencialidade da normatividade, sem perder de vista os elementos culturais daquela dada sociedade (HELLER, 1968, p. 299).

Quando da formação do Direito Inglês, antes da instituição do Direito Comum aplicado pelos Tribunais Reais, havia um direito *consuetudinário*, que permanece até os tempos atuais A Assembleia dos homens livres (*Hundread Court*) aplicava o costume local, sem se preocupar com a racionalidade das provas ou a verdade de suas declarações. Logo após, são substituídos por jurisdições senhoriais (*Courts Baron, Court Leet, Manorial Courts*); mas ainda assim há a aplicação de um direito eminentemente local. Apenas após o Século XIII, pode-se começar a falar em *Common Law* (DAVID, 2002, p.359).

Neste primeiro momento, porém, os Tribunais Reais, que aplicavam o Direito Comum, atuavam excepcionalmente em três causas: (i) questões sobre finanças reais; (ii) propriedade imobiliária e a posse de imóveis e (iii) questões criminais que se relacionem com a paz do reino (DAVID, 2002, p. 360). Em meados do século XIX, as Jurisdições de Direito Comum passam a se consolidar e deixam de ser jurisdições de exceção.

A tradição de precedentes no Direito Inglês não surge como obrigação, mas sim na tradição do Direito Comum, onde, por coerência, os juízes depositavam muita confiança nos julgamentos anteriores de casos semelhantes, o que deu origem à tal doutrina. Isso pode ter como causa o fato de que "o grande jurista na Inglaterra é o juiz, saído da fileira dos práticos, e não o professor da universidade. Isso porque, outrora, somente uma minoria de juristas estudou nas universidades" (STRECK, 2018, *livro digital*).

Trata-se de um Direito essencialmente pragmático, que rejeita totalmente o modelo romano-germânico:

> A complexidade e a tecnicidade dos seus processos eram tais que não podiam ser apreendidos senão pela prática. Uma formação universitária, baseada no direito romano, poderia ajudar a encontrar a solução justa para um determinado litígio; no entanto, não permitiria ganhar um processo. Juristas e juízes, na Inglaterra, continuaram, até hoje, a ser formados essencialmente pela prática; diferentemente dos países do continente europeu, jamais lhes será exigida

> uma formação universitária e só excepcionalmente um advogado ou jurista terá recebido uma tal formação (DAVID, 2002, p. 370).

Por sua vez, o Direito Norte-Americano, em um primeiro momento, tem como suporte um Direito Jurisprudencial como rejeição ao modelo precipuamente consuetudinário. Vale ressaltar que o *Direito Comum* inglês se consolida após 1845. Este direito era criado por cortes e legisladores estaduais, entretanto, quem decidiria o direito a ser aplicado era a Suprema Corte.

> De qualquer sorte, a nação, devido ao trauma revolucionário e ao ódio contra os ingleses, não aceitava a ideia da absorção do direito consuetudinário inglês. Entre os anos de 1776 e 1820, formou-se uma jurisprudência tipicamente americana, surgindo, também, a corrente de pensamento que não atribuía grande valor ao precedente, aconselhando, inclusive, com entusiasmo, aos juízes, a criação de leis, quanto mais melhor (STRECK, 2018, *livro digital*).

Logo após, o Direito Norte-Americano passa por uma *segunda fase* de tentativa de codificação, o que desemboca em uma *terceira fase* – de negação da segunda, uma vez que os "princípios gerais do Direito" são sempre os mesmos e, acidentalmente, podem mudar de acordo com razões sociais, econômicas ou políticas. Entretanto essas mudanças deveriam ser observadas pelo próprio juiz do processo. "O direito americano evoluiu sob a influência de fatores próprios, e é profundamente diferente do tipo inglês. Os próprios conceitos tornaram-se diferentes, e os dois direitos já não se identificam pela sua estrutura" (STRECK, 2018, *livro digital*).

Percebe-se, portanto, que a cultura dos precedentes foi historicamente criada pelas tradições *Common Law*, enquanto que, por outro lado, a cultura romano-germânica, que influenciou o Direito Português e, consequentemente, o Direito Brasileiro, funda-se em outro prisma de fonte normativa: a codificação. Esta codificação tem por origem o Direito Natural, que buscava consolidar o Direito ensinado nas universidades, criando códigos da razão, garantidores da liberdade, muito embora os legisladores venham a usar isso para modificar as bases da sociedade, sem se preocupar com tais leis naturais (DAVID, 2002, p. 66).

É certo que a ideia de codificação foi apropriada pelos "positivistas" pré- kelsenianos, que defendiam um fechamento sintático e redução lógica do Direito, o que possibilitava (i) respostas gerais e abstratas antes dos conflitos reais e (ii) segurança jurídica. Pode-se citar, como exemplos

dessas correntes a jurisprudência dos conceitos, os pandectas e a escola da exegese (BITTAR e ALMEIDA, 2015, p. 424-427).

Os parágrafos anteriores não têm a função de fazer todo o resgate histórico das estruturas da tradição anglo-saxã e da romano-germânica, apenas traçam linhas gerais que permitem uma comparação tecnicamente fidedigna entre as duas "famílias".

Qual seria, portanto, o elemento cultural que permitiria a possibilidade da adoção de uma tradição de precedentes no Brasil? A fundamentação coerente e a possibilidade de, ainda que com esforço, alcançar-se uma opinião da corte no que tange aos casos paradigmáticos. Mas não seriam exatamente isso as súmulas? O resumo de uma opinião da corte que poderia servir como conexão de sentido para construção e reconstrução argumentativa dos motivos que as determinam para uma nova aplicação? Exatamente por esta questão se revela imprescindível a separação entre o que seria precedente e o que é jurisprudência.

2. JURISPRUDÊNCIA, PRECEDENTE E NORMATIVIDADE

2.1 Distinção quantitativa e qualitativa entre precedente e jurisprudência

Jurisprudência e precedente representam a mesma coisa? O termo jurisprudência é dotado de polissemia. Podem-se citar, a princípio, cinco definições diferentes para o conceito: (i) conceito lato de ciência do direito; (ii) a atividade parecerista; (iii) os estudos e trabalhos dos juristas sem finalidade de resolver problemas concretos; (iv) complexo de manifestações judiciais sobre casos *in concreto* e (v) conjunto de decisões do judiciário sobre um determinado assunto (SOUZA, 1991, p.30). Portanto, sinteticamente, entende-se a jurisprudência enquanto "conjunto, não necessariamente homogêneo, de decisões prolatadas pelos órgãos julgadores componentes do sistema judiciário" (SOUZA, 1991, p.34)

Mas se o complexo de decisões tomadas por um tribunal é o que pode ser chamado de jurisprudência, o que poderia ser chamado de precedente? Segundo Michelli Taruffo, há uma diferença qualitativa e quantitativa entre a jurisprudência e os precedentes. Normalmente, quando se fala em precedente, referencia-se uma decisão relativa a um caso particular, enquanto jurisprudência, como já se adiantou, quer dizer um complexo de decisões não necessariamente homogêneas (TARUFFO, 2014, p.3).

Do ponto de vista qualitativo, o precedente fornece uma regra com pretensão de universalização. Parte-se de um caso paradigma que,

através de analogia, pode fornecer uma construção argumentativa de solução do caso presente: "é, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, por assim dizer, 'cria' o precedente" (TARUFFO, 2014, p.4). A jurisprudência normalmente expressa em súmulas no contexto italiano, assim como no brasileiro, são redações provenientes dos gabinetes dos tribunais e que servem como *regras* de aplicação mais específicas que as regras legais, mas, ainda assim, semelhantes às codificações, que tem por base interpretações reiteradas sobre um determinado dispositivo.

Assim sendo, menciona o autor que, via de regra, o corpo da jurisprudência não inclui os fatos que objetivaram a decisão, "de modo que a aplicação da regra formulada em uma decisão anterior não é baseada na analogia dos fatos, mas na subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral" (TARUFFO, 2014, p.5).

Crítica bastante similar é tecida no Brasil, com maestria, por José Rodrigo Rodriguez, que leciona que:

> [...] a formação da jurisprudência no Brasil se faz principalmente pela via de súmulas e enunciados e não pela reconstrução argumentativa de casos paradigmáticos que constituam uma tradição, como ocorre no direito anglo-saxão. As súmulas e enunciados são, com efeito, opiniões dos tribunais sobre determinados problemas jurídicos, expressas em fórmulas gerais e abstratas que apontam para um determinado resultado. Não formam um corpo de argumentos organizados, mas um conjunto de diretivas com forma de sim/não. (RODRIGUEZ, 2013, *livro digital*)

Assim sendo, percebe-se na cultura jurisprudencial, o mesmo problema que, de acordo com o tópico anterior, o novo Código de Processo Civil tentou resolver: a troca da *generalidade e abstração* da lei para a *generalidade e abstração* da jurisprudência. Um corpo não homogêneo não permite a reconstrução de significações, nem a percepção de uma Moralidade Constitucional Comunitária, que seriam de grande valia para a construção de um direito substancialmente justo (CASTILHOS, 2018).

2.2 Da eficácia do Precedente e da necessidade de uma ratio decidendi

Parte-se para uma segunda pergunta, também relevante: como pode o Precedente ser considerado fonte normativa? Quanto à eficácia dos precedentes, há correntes que defendem que, na *Common Law*, eles

se apresentem como vinculantes, enquanto nos países de tradição da *Civil Law* eles possuem força argumentativa ao invés de vinculação propriamente dita. Decerto, pode-se dizer que na primeira tradição jurídica citada há uma certa vinculação, posta a obrigação dos juízes passarem pelo precedente. Entretanto "[...] esta força é sempre reversível, revogável, anulável, *defeasible*, porque o segundo juiz pode desatender o precedente, quando considerar oportuno fazê-lo, a fim de formular uma solução mais justa para o caso que deve decidir" (TARUFFO, 2014, p.5).

No caso brasileiro, doutro lado, o "precedente", antes das técnicas aplicadas pelo Novo Código de Processo Civil, vinha caminhando para o lado de maior vinculação do que na própria *Common Law*. É válido ressaltar que, muito embora tenha sido implementado uma forma de distinguir como mitigação da obrigatoriedade de aplicação do direito sumular e do precedente, ainda há uma obrigatoriedade legalmente posta, enquanto naquela tradição, o

> [...] diálogo com decisões anteriores decorre não de um dever normativo, uma autoridade que os precedentes impõem sobre a atividade dos juízes, mas de um dever moral de coerência e consistência com relação ao sistema jurídico como um todo. Dessa forma, precedentes não devem ser seguidos por uma questão de vinculação, mas devem ser tomados em consideração no momento da tomada de decisão e de sua fundamentação. (VOJVODIC, *et al*. 2008, p. 10)

Neste ambiente, percebe-se que a eficácia normativa do precedente tem por base a construção de argumentos, enquanto a jurisprudência, no modelo brasileiro, impõe-se através da autoridade do enunciado. Vê-se a conclusão de que "a jurisdição brasileira funciona com base em argumentos de autoridade e, especialmente nos casos controversos, em função da agregação de opiniões individuais" (RODRIGUEZ, 2013, *livro digital*).

Para que o precedente tenha sua força vinculante resguardada, é necessário que a regra de direito que foi posta como fundamento-razão sobre os fatos específicos do caso (*ratio decidendi*) seja cindida, dentro de uma decisão, dos argumentos que, ainda que relevantes, não se revelem essenciais para o fundamento jurídico da decisão (*obter dictum*) (TARUFFO, 2014, p.6-7). No caso brasileiro, importante estudo afirma que "a leitura minuciosa de casos difíceis mostra que a falta de clareza, coerência, ou até a dificuldade de se encontrar a *ratio decidendi* (a linha argumentativa da decisão) são obstáculos a essa função" (VOJVODIC, *et al*. 2008, p. 7).

A dificuldade que existente em encontrar uma *ratio decidendi* não é das decisões particularmente consideradas, mas sim quando se analisa os fundamentos de uma decisão da corte.

> Embora em muitos casos a ementa possa representar uma síntese fidedigna do que foi decido pelos ministros em conjunto, verifica-se que uma análise mais cautelosa do inteiro teor de alguns acórdãos pode revelar que não há uma opinião da Corte porque cada ministro decidiu isoladamente sem a preocupação de relacionar seu voto com o de seu antecessor na própria sessão de julgamento ou até mesmo com o do relator (LEITE e BRANDO, 2016, p. 140).

A dispersão de fundamentos díspares para a mesma decisão possibilita um "o quê" sem um "porquê". Cogite-se a seguinte hipótese: onze ministros votam pela procedência de uma ação de controle abstrato de constitucionalidade (D), sendo apresentado por cada ministro uma razão diferente (R1, R2.... R11). Logo, na reconstrução do sentido da decisão, pode-se dizer que R1, R2. R11 D. Ou seja, todas as razões individualmente consideradas são depreendidas do resultado da decisão, qualquer dos argumentos podem ser utilizados para chegar à conclusão D.

Prima facie, não há grande problema ou falta de legitimidade democrática, uma vez que a diversidade de razões garante, decerto, forma a oxigenação dos precedentes a partir de diversos pontos de vistas. Entretanto, isso só seria possível se houvesse uma cultura de respeito aos precedentes, segundo Vojvodic, Machado e Cardoso (2008, p. 32). Doutro modo, Leite e Brando veem que a falta de uma razão da corte acarreta, por si só, a falta de legitimidade democrática do tribunal, uma vez que não é possível conceber que "a opinião isolada e dissonante de onze ministros seja suficiente para invalidar uma norma por inconstitucionalidade material com base em critérios vagos como dignidade humana, liberdade, igualdade, justiça social, etc" (LEITE E BRANDO, 2016 p. 162).

Acrescenta-se, a este debate, a ideia de que a jurisdição brasileira seja uma espécie de *justiça opinativa*, manifestando-se como registro cronológico e textual de debates ocorridos e não um texto coerente e ordenado que articule argumentos dogmáticos de forma clara, exercendo, assim, um papel criativo do Direito. Não é foco da jurisprudência produzir um texto, mas, sim, mero efeito colateral (RODRIGUEZ, 2013, *livro digital*).

Assim sendo, queda-se a possibilidade de normatividade do precedente ante uma cultura de dispersão de fundamentos, argumentos de autoridade e de perguntas sem respostas. Eis o ponto fulcral do presente trabalho:

não se pode falar em precedente sem (i) coerência entre as conexões de sentido das decisões; (ii) continuidade em cada capítulo do romance em cadeia -para usar a metáfora Dworkiniana e (iii) a possibilidade de se encontrar uma *ratio decidendi* da corte. Este último aspecto é problematizado neste trabalho. Frisa-se, mais uma vez, que há potencialidade democrática na ideia de precedentes, do ponto de vista normativo, desde que, do ponto de vista fático, sejam respeitados alguns elementos culturais essenciais.

Outrossim, percebe-se, da bibliografia citada, que há certa dose de pessoalidade nas decisões da Corte Superior. Cita-se, para corroborar a tese, a manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski na Ação Penal nº. 470, após críticas do Ministro Gilmar Mendes a respeito do voto do mesmo: "Crítica? Vossa Excelência está admitindo que está fazendo uma crítica!? Na academia é válida a crítica; aqui não é válida. Aqui ninguém é aluno de ninguém. (...) Então Vossa Excelência não faça crítica ao meu voto! Não admito!" (disponível no portal G1: http:// g1.globo.com/politica/noticia/2012/10/lewandowski-e-gilmar-mendes-trocam-criticas- em-sessao-do-stf.html. Acesso em 05 de maio de 2019). Percebe-se uma postura personalista a respeito do voto, até mesmo dotado de certo preciosismo.

Tal elemento, em que pese dificulte a normatividade da ideia de precedente, visto à luz da Teoria das Fontes de Tárek Moysés Moussallem, rompe com os limites da matéria. O autor demonstra o quão polissêmico é o conceito de fontes do direito, podendo ser entendido, o termo, por vários aspectos, desde a norma critério de validade, os fatos sociais que ensejam as normas, o órgão credenciado a produzir a norma, o procedimento de produção, ao próprio documento normativo. Conclui-se que o documento normativo, suporte físico e material do plano sintático é apenas o indício da fonte. Sendo assim, os documentos normativos, enquanto *enunciação-enunciada*, são a possibilidade de conhecimento da própria *enunciação-enunciação*, esta sim fonte do Direito, uma vez que o primeiro é o único dado objetivo e tangível do segundo. Logo, através da leitura do veículo introdutor de normas é que se conhece a linguagem enunciação (TAREK, 2006, p.120).

Aplicando a tese através do documento-acórdão, retoma-se a linguagem enunciação (reunião, votos, decisão) para que se possa alcançar a fonte normativa e, assim, a própria normatividade. Parte-se da cognição do plano sintático (documento físico) ao plano semântico (possíveis significações) a fim de que se realize o fechamento pragmático, ou seja, a aplicação no caso concreto. Ocorre que, para tanto, é preciso um objeto cognoscível no plano semântico, ou seja, alguma significação coerente.

Levando em consideração o fato do Direito ser um sistema, esta significação não pode se contradizer com outras significações dentro do próprio objeto cognoscível. Em outras palavras, para que seja possível conhecer a norma com pretensão de universalização que prescreve o acórdão, o mesmo não pode discordar de si mesmo: os votos que chegam no mesmo ponto por caminhos diferentes, contradizendo outros percursos, prejudicam, assim, a normatividade do precedente.

Deste modo, não é a mera imposição legal da necessidade de obediência ao precedente que o torna normativo: é uma racionalidade interna que possibilita a reconstrução dos argumentos enquanto *enunciação-enunciação* e reaplicação, no plano pragmático, das significações possíveis encontradas a partir da manifestação empírica da decisão. Doutro modo, alcança-se apenas um ato performático de fala, com efeitos meramente simbólicos, se não acompanhados de uma estrutura cultural. Noutras palavras: o precedente só pode ser vinculante se identificável uma *ratio decidendi*.

3. O CARÁTER PERSONALISTA DAS DECISÕES JUDICIAIS

3.1 Notas sobre a condução do processo deliberativo

Interessante debate sobre o papel do ministro relator no processo deliberativo do STF ocorreu na Revista de Estudos Institucionais da Universidade Federal do Rio de Janeiro, com importante contribuição de Virgílio Afonso da Silva e trabalhos minuciosos de outros autores relevantes, como Danilo dos Santos Almeida e André Martins Bogossian.

No primeiro texto do debate, denota-se a preocupação na análise da importância da figura do relator no processo deliberativo, a partir de uma ótica interna. A metodologia de pesquisa se deu através de entrevista com ministros e ex-ministros da Suprema Corte, que foram convidados a refletir sobre (a) o papel do relator; (b) a prática de redigir os votos antecipadamente à sessão de julgamento; (c) o segredo em relação ao voto do relator; (d) a postura do relator diante das críticas ao seu voto e, por fim, (e) a mudança do relator no acórdão (SILVA, 2015, *passim*).

Afirma-se que o relator possui, normalmente, especial influência nos votos, pois este é o que se dedica mais tempo ao caso. Portanto, diversos estudos quantitativos demonstram que o relator é seguido na esmagadora maioria dos julgamentos (SILVA, 2015, p. 184). É neste ambiente que a maior parte dos ministros relata a postura decisiva do relator na deliberação:

> Esse papel é traduzido por expressões como 'ele baliza todo o debate', 'é uma posição preponderante', 'ele fixa a moldura do debate', 'é um ponto de partida para discussão'. Mesmo assim, há vozes discordantes sobre esse papel preponderante e também indicações de outros papéis decisivos do relator (SILVA, 2015, p. 188).

Muito embora seja reconhecido, por alguns ministros, que essa relevância possa ser mitigada diante da alta carga de trabalho e extensão dos relatórios, principalmente quando o caso possui relevância midiática. Nesta última hipótese, o voto do relator se torna *um voto qualquer*. Quando encaminhados a refletir sobre a prática de levar os votos já escritos para o debate, percebe o autor que, nos últimos 10 anos, a prática começou a se tornar cada vez mais corriqueira. Dentre os vários possíveis motivos que ensejaram a mudança, pontua-se que:

> Os antigos ministros afirmam que raramente levavam seus votos prontos para as sessões. Essa mudança de comportamento pode ter várias razões. A primeira delas é a complexidade e, sobretudo, o impacto moral e social das causas que são hoje julgadas pelo STF, o que poderia exigir uma preparação prévia mais intensa e um documento escrito para ser lido no momento do debate. Uma segunda explicação, bastante corrente, o efeito da TV Justiça, será analisada em outro artigo (SILVA, 2015, p. 191).

Registre-se, ainda, que normalmente os debates são reduzidos, tendo em vista que cada ministro, ao levar seu voto finalizado, está comprometido com a perspectiva que estabelece *a priori*. Depois de passar bastante tempo em seu gabinete formulando um voto, muito dificilmente voltará atrás naquilo que decidiu. O debate torna-se, portanto, meramente simbólico ou performático. Isso fica nítido no decorrer do trabalho comentado, sobretudo em análise à opinião dos ministros:

> Contudo, na percepção dos ministros, mesmo daqueles poucos que entendem que o relator deveria expor todos os lados do debate, a prática corriqueira no STF é justamente a do ministro relator que fala antes, mas não necessariamente de forma mais qualificada e mais interessada no debate. Seja porque "a condição humana é forte, você tende a defender o seu ponto de vista", seja porque se entende que "uma decisão judicial se assemelha mais a uma decisão política do que uma discussão acadêmica", a percepção dominante é a de que "são raros os momentos em

> que isso [a exposição de argumentos contrários] ocorre", de que "normalmente nós procuramos construir o nosso voto com a doutrina que chancela o nosso entendimento; dificilmente nós levamos correntes diferentes", enfim, de que suscitar o debate franco, simplesmente "não é a regra" (SILVA, 2015, p. 196).

Por outro lado, defendendo o papel do relator, Almeida e Bogossian entendem que as decisões coletivas normalmente são um emaranhando de argumentos dispersos e que seu papel reside no ato de tornar a decisão um todo organizado e coerente. Os autores compreendem que, do ponto de vista do juiz singular, pouco importa se a decisão perpassa todo o processo cognitivo do juiz. As razões da decisão são aquelas que são encontradas na mesma. Assim sendo, a pretensa normatividade de uma decisão não é a intenção original do Juiz, mas sim os compromissos explicitamente endossados e apresentados pelo julgador (ALMEIDA e BOGOSSIAN, 2016, p. 266).

Não obstante, da mesma forma procede o agente-coletivo, que é a Corte Superior. Nos grupos democráticos, os agentes são chamados em dois momentos diferentes: (i) para formular uma decisão e (ii) para fazer cumprir a decisão de acordo com o que decidiu o grupo. Assim sendo, demanda-se, do ponto de vista ideal, que muito embora não haja concordância absoluta, deva-se haver, no mínimo, uma opinião do grupo que todos respeitarão.

> Ou seja, não é qualquer manifestação de um membro de grupo que pode ser tomada como evidência das intenções do grupo. Mais do que isso, não é qualquer manifestação de um membro que pode ser tomada como expressão de uma proposta sua para a intenção do grupo. Um membro pode agir ou expressar-se sem satisfazer aqueles dois critérios. Nesse caso, ainda que esteja falando *sobre* o grupo, ou mesmo *pelo* grupo, sua manifestação não necessariamente constitui parte da manifestação do grupo (ALMEIDA e BOGOSSIAN, 2016, p. 275).

Neste ínterim, apresenta-se a ideia de que, a partir de 2005, passou a ser delegado ao relator o papel de construtor da opinião da corte. Justifica-se isto através de estudo quantitativo, demonstrando-se que, até 2005 (sem limite de tempo), 16,32% das decisões não mencionavam os relatores. Após 2005, cerca de 94,38% dos votos passaram a conter a frase "nos termos do voto relator" ou expressões congêneres (ALMEIDA e BOGOSSIAN, 2016, p. 278).

Há, também, grande mudança de formação de maioria para unanimidade. Entre 1995 e 2000, há 66,35% de maioria e 33,65% de unanimidade nas decisões. A virada pragmática ocorre a partir de 2005, quando o percentual passa a ser de 26,42% de maioria e 73,38% de unanimidade (ALMEIDA e BOGOSSIAN, 2016, p. 283). Percebe-se, portanto, do ponto de vista quantitativo, a partir de 2005, uma maior coerência entre os ministros.

Tal fenômeno pode ser explicado de três perspectivas diferentes. A primeira, denominada *agregativismo*, tem como pressuposto a atividade de grupo da Corte manifestada através da agregação de opiniões individuais. Por esta perspectiva, os ministros tendem a seguir o relator e demonstrar outros fundamentos que levam, possivelmente, à mesma decisão. Assim sendo, a formulação de uma *ratio decidendi* ocorre como descreve Schauer:

> [...] as interpretações das decisões das cortes britânicas, como as brasileiras, não redigem *opinions of the court*. Segundo ele, numa turma de três juízes, um deles vota contra o recorrente, outro vota a favor pelas razões *x, y* e *z*, enquanto o último vota a favor também, mas pelas razões *p, q* e *x*. A única razão compartilhada pela maioria é *x*; logo, *x* é a *ratio decidendi* da corte (ALMEIDA e BOGOSSIAN, 2016, p. 289).

Pode-se visualizar, também, o fenômeno de um ponto de vista *negacionista*, ou seja, de que simplesmente não há uma decisão da corte. Outrossim, argumenta-se que, na realidade, o que ocorre é a delegação das razões da corte ao voto relator, seja este o originário no processo ou o primeiro a realizar a decisão vencedora.

> Lembremos que a regra é que a redação do acórdão fique a cargo do primeiro-ministro a proferir o voto prevalente, tenha sido ele o relator original ou não (exceto quando este muda de posição em audiência). Se considerarmos que a fórmula "nos termos do voto do relator" nas suas ementas remete o leitor às razões expressas no voto do relator do acórdão, então temos a seguinte regra para a fundamentação dos acórdãos: o primeiro-ministro a proferir um voto vencedor acaba fornecendo, através da fundamentação de seu voto, as razões de decidir da corte (ALMEIDA e BOGOSSIAN, 2016, p. 290).

De fato, o estudo leva a crer que há uma fácil identificação de uma razão da corte, a partir do aumento da unanimidade das decisões, bem como existe o vasto acompanhamento dos votos do relator. Virgílio Afonso da Silva demonstra que o método de pesquisa induz a períodos anteriores a 2005, bem como uma diferença entre as fichas localizadas na busca feita no sistema do STF e no inteiro teor das decisões (SILVA, 2016, p.255). Entretanto, mesmo a partir das críticas metodológicas, os autores demonstram que há, sim, uma mudança em relação ao uso das expressões, conforme o gráfico:

	Período	com a expressão	sem a expressão
Período 1	2000	78 (21,61%)	283 (78,39%)
	2001	82 (18,38%)	364 (81,61%)
	2002	94 (14,22%)	567 (85,78%)
	2003	64 (13,01%)	428 (86,99%)
	2004	274 (57,20%)	205 (42,8%)
Período 2	2005	334 (82,47%)	71 (17,53%)
	2006	428 (88,43%)	56 (11,57%)
	2007	905 (93,39%)	64 (6,60%)
	2008	1016 (94,69%)	57 (5,31%)
	2009	494 (87,28%)	72 (12,72%)
Anos subsequentes	2010	643 (93,46%)	45 (6,54%)
	2011	611 (92, 86%)	47 (7,14%)
	2012	259 (92,83%)	20 (7,17%)
	2013	620 (90,78%)	63 (9,22%)
	2014	710 (92,09%)	61 (7,91%)
	2015	545 (93,16%)	40 (6,84%)
	2016	556 (95,04%)	29 (4,96%)

(ALMEIDA e BOGOSSIAN, 2017, p. 1419).

Com base em artigos científicos e retrospectivas do portal Consultor Jurídico, os autores reconstituem, ainda, os casos mais paradigmáticos no período de 2004 a 2016, checando se há, apenas do ponto de vista quantitativo, o uso da formular *delegacionista*, ou se existe, também, em caráter quantitativo.

> De um total de 200 casos, entre 2004 e 2016, foram excluídos 48 registros, seja pelo caso de ainda estar em julgamento, ou pelo fato de que o acórdão ainda não foi publicado, por tratarem de decisões

> monocráticas, ou por outro motivo que impossibilitou o acesso ao inteiro teor do acórdão. Dos 152 casos restantes, em 101 (66,5 %) a fórmula foi utilizada, enquanto que em 51 (33,5%) ela não foi, o que representa uma proporção significativa, ainda que inferior à verificada na totalidade de casos, quando desconsiderada a questão da natureza do caso (ALMEIDA e BOGOSSIAN, 2017, p. 1419).

Será que, então, a prática *delegacionista* possibilita a formação de uma cultura de precedentes? É possível extrair do voto do relator a opinião da corte? Sustentar-se-á que a pessoalidade da decisão, mesmo diante da fórmula de acompanhamento do voto relator, é o principal empecilho à cultura de respeito ao precedente.

3.2 A pessoalidade e a estrutura do voto

Certamente, a análise quantitativa dos autores supracitados é relevante para o estudo do comportamento do STF. Entretanto, é necessário que haja um diálogo do ponto de vista macro, com a redução da análise concreta de casos paradigmáticos individualmente considerados, a fim de que se visualize a totalidade dos impactos da pessoalidade dos ministros, observando-se que apontar no relator a própria *ratio decidendi* pode ser uma solução meramente parcial.

Neste primeiro momento, não há pretensão de focar na incoerência interna entre decisões, mas em demonstrar que a pessoalidade é o agente que mais as influencia. Importante trabalho neste sentido é o de VOJVODIC, MACHADO E CARDOSO (2008, p. 15-19), que analisa uma série de decisões e demonstra que, para um mesmo acórdão, pode haver diversas *rationis*, muitas vezes excludentes entre si.

Com efeito, a primeira decisão que as autoras comentam é a ADI 1.969, que envolve um decreto editado pelo governador do Distrito Federal, proibindo a utilização de carros de som na Praça dos Três Poderes. A vedação tinha por base o respeito ao exercício laboral dos que exercem suas atividades na praça e no seu entorno. Muito embora todos os ministros tenham percebido o mesmo problema, qual seja, a possibilidade e os meios de restrição a um direito fundamental, cada um chegou à conclusão por motivos diferentes.

O Ministro Ricardo Lewandowski entendeu pela inconstitucionalidade do decreto, visto que o direito de reunião se relaciona com a liberdade de expressão e manifestação de pensamento. Ora, as Constituições anteriores à vigente já garantiam tais direitos, o que demonstra sua relevância. Assim sendo, os requisitos de suas limitações só poderiam estar no

próprio texto constitucional, quais sejam: pacificamente, sem armas, não frustrar outra reunião, e que qualquer limitação para além desta deveria ser de caráter excepcionalíssimo, com base em critérios de relevância material, tal qual a manifestação "barulhenta" perto de hospitais, enquanto que para o Ministro Gilmar Mendes haveria possibilidade de se restringir tal Direito, ainda que não houvesse confronto com outro direito fundamental.

Um outro grupo de argumentos foi dado por Eros Grau, que entendeu que tal limitação é de caráter formal, ou seja, que apenas uma lei pode limitar um direito fundamental e não um decreto, resolvendo-se o caso através de uma prejudicial de mérito: se o instrumento é formalmente inadequado, não se deve analisar a constitucionalidade da matéria, mas apenas a forma. Já o Ministro Celso de Mello fundamentou que, no caso concreto, na dimensão de peso entre o direito de expressão e o prejuízo causado por ele, o primeiro deveria preponderar.

Dentre vários votos, não se identifica, com clareza, uma razão de decidir, a não ser que se tenha entendido que o decreto era inconstitucional. Elementos paradigmáticos, tal qual a limitação do direito de reunião, não poderiam ser reconstruídos em casos novos, a não ser como mero argumento de autoridade ao citar um ministro ou outro. Não há, para isso, uma opinião da corte.

Talvez o caso mais sensível citado pelas autoras seja o da constitucionalidade da pesquisa de células troncos, em que:

> a inquestionável atenção dada ao caso, tanto pelas comunidades jurídica e médica, quanto pela própria mídia e a sociedade civil organizada, foram responsáveis pela grande mobilização do tribunal para a solução final do caso. Os ministros não se limitaram a analisar a constitucionalidade da lei, alguns apresentaram condições à constitucionalidade da lei, que envolviam ações externas do Executivo, como o monitoramento do uso das células-tronco. Para alguns o STF "legislou" ao impor tais condições, pois exerceu um papel mais "ativo" que o esperado: a mera interpretação constitucional da lei (VOJVODIC *et al.* 2008, p.5).

A problemática do caso não trata meramente da imposição de condições para a pesquisa com células troncos, mas sim o fato de que cada Ministro impõe uma condição diferente. Isto ocorre neste e em outros casos paradigmáticos importantes, como o da Raposa Serra do Sol, a ADI 3.510, entre outras. Reporta-se à análise para afirmar que o Supremo Tribunal Federal tende a apresentar diversas *rationes* para uma mesma

decisão, como já abordado no início do presente artigo, muito embora haja a formação de uma maioria numérica.

Em estudo comparativo do dissenso entre votos da Suprema Corte brasileira e da norte-americana, percebe-se que, em termos quantitativos, o Tribunal Pátrio de fato tende a concordar mais entre si, ou seja, há menos votos dissidentes. Portanto, os autores partem para a tentativa de explicitar o fenômeno a partir de quatro hipóteses diferentes:
(i) diferença cultural; (ii) cortes com mais membros tendem a ser mais coesas; (iii) quanto maior a carga de trabalho, menor o dissenso; (iv) características pessoais dos juízes tendem a fazê-los dissentir (ALMEIDA *et al.*, 2016, p. 5).

Revela-se, ademais, a importância e influência de alguns ministros específicos na taxa de dissenso entre os mesmos:

> Para testar essa hipótese, realizamos uma análise exploratória dos dados do STF, inicialmente tomando como preditoras variáveis dicotômicas indicando a presença ou ausência do voto de cada ministro. Consideramos apenas ministros que tivessem participado de, pelo menos, 10% (73) das decisões contidas no dataset (733 observações). Essa regressão (r^2 ajustado = 0,065) mostrou a significância estatística da presença de 8 ministros nas votações: Ayres Britto, Carlos Velloso, Ellen Gracie, Ilmar Galvão, Luiz Fux, Marco Aurélio, Maurício Correa e Teori Zavascki (ALMEIDA et al., 2016, p. 14).

Além da presença de determinados ministros, a *influência da pessoa do relator* explica cerca de 10% da variação da taxa de dissenso do tribunal, enquanto *a carga de trabalho*, outro dado bastante relevante para a formação de dissensos, meramente 3%. Os processos com relatoria do Ministro Moreira Alves tiveram coesão média de 0,904, enquanto do Ministro Maurício Corrêa de 0,776 (ALMEIDA *et al.*, 2016, p. 17).

Chega-se, portanto, à conclusão de que o aumento ou diminuição na taxa de dissenso do Supremo Tribunal Federal se dá de acordo com a personalidade e características individuais de cada ministro. Os autores não usam do artigo para criticar a homogeneidade ou heterogeneidade da Corte, apenas apresentam o dado que influencia no dissenso. O caráter qualitativo do tipo "bom" ou "mau" dependerá da ótica e da dimensão epistemológica com que se observa o dado.

Do prisma epistemológico, abordado no presente artigo, a influência da pessoalidade dos ministros na taxa de dissenso é tomada como dado empírico que reforça a problematização do aspecto cultural

da aplicação de precedentes no Brasil, muito embora a personalidade do *Chief Justice*, no caso da Suprema Corte norte-americana, também seja um fator relevante no Brasil.

A diferença essencial entre o dissenso na Suprema Corte e no Superior Tribunal de Justiça é o modo pelo qual ela se manifesta. Enquanto naquela tradição os ministros se reúnem previamente para redigir um voto da corte, no caso brasileiro não há nada que obrigue os tribunais a redigirem voto oficial através da estruturação de uma argumentação racional (RODRIGUEZ, 2013, *livro digital*), ou seja, a diferença na estrutura do tribunal e do voto torna o fato empírico mais problemático aqui do que lá para a formação de um precedente.

No entanto, pode depender o Direito daquele que o interpreta? Se a matéria for levada a sério, a resposta será negativa. Mas, se no mundo dos fatos ele realmente depende, a cultura de precedente torna-se, *a posteriori* da análise empírica, algo que reforça a incerteza e indeterminação do Direito ao invés de resolvê-lo.

Isto não significa que sempre será inviável a cultura do precedente no contexto cultural brasileiro, e nem que a cultura do precedente seja realmente boa nos países de tradição *Common Law*. O que se pretende constatar com o presente é que, na conjuntura atual, a pessoalidade dos votos, a falta de coerência interna e de relação entre as decisões inviabiliza o tratamento mais sério, profundo e adequado dos precedentes.

4. CONCLUSÃO

É importante destacar que o referido artigo não pretendeu revisar toda a bibliografia relacionada, nem exaurir o tema, mas acrescer argumentos a um debate bastante relevante. A ideia de precedente, enquanto fonte normativa protagonista no sistema jurídico brasileiro, é bastante controversa. Há boas teses, tanto de apoiadores, quanto daqueles que se opõem. Neste momento, não há tentativa de se apresentar um posicionamento do tipo pró/contra, mas sim um juízo de adequação/inadequação da apropriação deste elemento no direito brasileiro.

Assim sendo, foi apresentado, no primeiro capítulo, o ambiente que tenta se apropriar de elementos tradicionais do direito anglo-saxão, denominado Neoconstitucionalismo. Tal apropriação não é do elemento conceitual de ampliação da força normativa da Constituição, (que pouco tem de "Neo"), mas sim do novo papel do Juiz como agente concretizador do direito justo. Há grandes potencialidades democráticas no referido modelo, desde que, do ponto de vista cultural, haja uma adequação, o

que não significa negar que, muito embora hoje exista os limites frente à pessoalidade dos juízes, futuramente a realidade seja outra.

Portanto, no segundo capítulo discorreu-se sobre a diferença quantitativa e qualitativa entre jurisprudência e precedente. Do ponto de vista quantitativo, a jurisprudência se refere a várias decisões do tribunal, enquanto o precedente consiste em um caso paradigma. Já no viés qualitativo, a jurisprudência normalmente se expressa através de súmulas como consolidação dos entendimentos reiterados, e os precedentes pela reconstrução argumentativa das razões que levaram a uma determinada decisão em caso pretérito. Assim sendo, o precedente é realizado pelo juiz do caso presente e depende que seja possível a apreensão de uma razão de decidir.

Abordou-se, também, no segundo capítulo, o primeiro modo que a pessoalidade se expressa: na disparidade de fundamentos, onde cada juiz decide de forma distinta a partir de problemas diferentes dentro de um mesmo caso. Isto leva à dificuldade de obtenção de uma *ratio decidendi* da Corte, possibilitando a mera reconstrução argumentativa desta ou daquela linha de pensamento.

Por fim, abordou-se a pessoalidade como fator que influencia o pensamento da Corte, a partir da constatação de variação da taxa de consenso, conforme as votações dos ministros presentes e do próprio Ministro Relator. A influência do elemento pessoal nestes resultados demonstra a fraqueza da coerência e do respeito aos precedentes. A partir deste caminho, sustenta-se a hipótese anteriormente descrita: o maior problema para apropriação de um modelo que tem como elemento central o respeito ao precedente é a pessoalidade dos juízes.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD. Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018

ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, Andre Martins. "*Nos termos do voto do relator": considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF*. Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 1, 2016.

ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, Andre Martins. *Delegacionismo no STF: uma tréplica a Virgílio Afonso da Silva*. Revista de Estudos Institucionais, Vol. 3, 2, 2017.

ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes; NUNES, José Luis; FILHO, Luciano de Oliveira Chaves. *Explicando o dissenso: uma análise empírica do comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte dos Estados Unidos*. 2016 Disponível em https://www.academia.edu/38755656/Explicando_o_dissenso_uma_an%C3%A1lise_emp%C3%ADrica_do_comportamento_judicial_do_Supremo_Tribunal_Federal_e_da_Suprema_Corte_dos_Estados_Unidos visualizado em 19 de maio de 2019.

ÁVILA, Humberto. *"Neoconstitucionalismo": Entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência"*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

BARCELOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Revista de Direito Administrativo. V. 240. 2005

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Revista Quastio Juris. V.2, n.1, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA. Guilherme de Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo, Atlas, 2015.

CASTILHOS. Ian Fernandes de. *Quais Valores interessam para a decisão? Um diálogo entre Alexy e Walluchow*. in IV Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política. Belo Horizonte, 2018

CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). *Precedentes judiciais no NCPC*. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. V.1. Salvador, Juspodivm, 2017.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968

LEITE, Fábio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. *Dispersão de fundamentos no Supremo Tribunal Federal*. Revista Direito, Estado e Sociedade n. 48, 2016.

LEMINSKI, Paulo. *Toda Poesia*. São Paulo. Companhia de Letras: 2013.

LOURENÇO, Haroldo. *O Neoprocessualismo, o Formalismo-Valorativo e Suas Influências no Novo CPC*. Revista da AGU, n. 33, 2012.

RODRIGUEZ. José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013

SILVA, Virgílio Afonso da. "Um Voto Qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1, 1, 2015.

_. *O Relator dá Voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian*. Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 2, 2016.

SOUZA, José Guilherme. *A Criação judicial do Direito*. Ed. Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1991

STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. 6. Ed. São Paulo. Saraiva: 2017.

_. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018

TÁREK. Moysés Moussallem. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2006.

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Maria França, CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Precedentes e processo decisório em uma corte suprema: uma análise do caso brasileiro*. In. 32º Encontro Anual da Anpocs, Caxambu-MG, 2008, p. 10 disponível em: https://anpocs.com/index.php/encontros/papers/32-encontro-anual-da-anpocs/gt- 27/gt06-11, visualizado em 05 de maio de 2019

ACESSO À JUSTIÇA NO PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO: UMA ANÁLISE SOBRE A REPETIBILIDADE DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

RODRIGUES, Isabela Costa[1]
JACON, Ana Carolina[2]
MARTINS, Carlo Moraes[3]

1 Pós-graduada em direito previdenciário e processual previdenciário pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Bacharela em direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada. Contato: rodriguesisabela95@gmail.com.

2 Pós-graduada em direito previdenciário e processual previdenciário pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Bacharela em direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada. Contato: anajacon09@gmail.com.

3 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD-UFSM). Pós-graduando em Direito Médico pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integra o Núcleo de Pesquisa e Prática em Direito Internacional (NPPDI/UFSM). Advogado. Contato: mmartins.carlo@gmail.com.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a repetibilidade das verbas previdenciárias recebidas por meio de antecipação de tutela, conforme tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do tema 692, que se encontra novamente sob análise da corte (controvérsia nº 51). Assim, uma vez que o processo judicial previdenciário lida com jurisdicionados vulneráveis, que recebem o benefício de boa-fé e trata-se de verbas alimentares, propugna-se pela irrepetibilidade, tendo em vista os princípios que informam a Seguridade Social, entre eles o princípio da proteção e da vedação do retrocesso social. Logo, por meio do levantamento bibliográfico sobre o tema e do estudo de decisões judiciais, pretende-se demonstrar que a evolução constitucional do acesso à justiça demanda uma análise que transcende o acesso ao poder judiciário simplesmente, bem como a necessidade de uma releitura dos institutos processuais (entre eles a antecipação de tutela), à luz dos direitos fundamentais sociais.

Palavras-chave: Benefícios previdenciários; direitos sociais; verbas alimentares.

1. INTRODUÇÃO

As demandas de natureza previdenciária representam grande parcela dos processos judiciais em curso no país atualmente e, embora erroneamente consideradas como casos de menor complexidade, em razão do valor da causa, sem dúvida dizem respeito aos bens jurídicos mais importantes do ordenamento jurídico pátrio, quais sejam a própria manutenção da vida do jurisdicionado e sua dignidade.

Neste contexto, encontra-se a delicada questão que envolve a devolução das verbas previdenciárias recebidas a título de antecipação de tutela, que possuem natureza alimentar expressa pela Constituição da República (art. 100, §3º). Conforme será demonstrado a seguir, a discussão jurisprudencial a respeito do tema suscita posicionamentos divergentes e parece estar longe de sua resolução, uma vez que a Controvérsia nº 51 do STJ ainda não foi julgada.

Assim, a discussão a respeito da repetibilidade das verbas previdenciárias recebidas de boa-fé pelo segurado encontra-se diretamente ligada ao acesso à justiça, tema deste grupo de trabalho (GT 01 - Acesso à Justiça, Hermenêutica e Decisão Judicial), a partir de uma interpretação sistemática à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da segurança jurídica.

Portanto, o objetivo do presente trabalho é analisar e propor uma reflexão a respeito da questão, levando em consideração a natureza alimentar das verbas previdenciárias, sua importância para a concretização dos direitos fundamentais sociais e a boa-fé do jurisdicionado, ressaltando a necessidade de uma ressignificação dos institutos processuais quando se trata do processo previdenciário, ante a finalidade de proteção que fundamenta todo o sistema da Seguridade Social.

2. METODOLOGIA

O ensaio adotou a metodologia dedutiva, mais precisamente o levantamento bibliográfico a respeito do tema, somado ao estudo descritivo de decisões judiciais, relativas ao tema 692 do Superior Tribunal de Justiça (firmado em julgamento do Recurso Especial nº 1.401.560/MT) e do Recurso Especial nº 1.734.627/SP.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1. Síntese da controvérsia judicial a respeito do tema

A discussão a respeito da repetibilidade dos valores recebidos a título de benefício previdenciário por meio da antecipação de tutela era incontroversa até o ano de 2015, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça entendia que a devolução dos valores era indevida, salvo se comprovada a má-fé do segurado.

Todavia, após o julgamento do Recurso Especial 1.401.560 /MT, no ano de 2014 (acórdão publicado em 2015), houve uma alteração no entendimento da corte, que passou a afirmar a necessidade de devolução dos valores recebidos, fixando esse entendimento por meio do Tema 692:

> Tese firmada pela Primeira Seção no julgamento do Resp. 1.401.560/MT, acórdão publicado no DJe de 13/10/2015, que se propõe a revisar: A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema 692).

No julgamento do Recurso Especial 1.401.560/MT, os principais argumentos levantados a favor da repetibilidade dos valores recebidos por meio da tutela antecipada seriam de que não haveria como o jurisdicionado ter a expectativa de que os valores recebidos seriam concedidos de forma definitiva, uma vez que a decisão que concede a tutela possui natureza precária. Ademais, ressalta-se que o jurisdicionado estaria acompanhado por advogado e, portanto, teria conhecimento sobre o fato. Também foi discutida a vedação ao enriquecimento sem causa como ensejador da devolução dos valores.

Por outro lado, nos votos vencidos, especialmente no voto do Ministro Relator Sérgio Kukina, são expostos importantes aspectos a respeito da natureza alimentar das verbas em comento e da boa-fé objetiva do segurado, que, para o relator, não estaria relacionada exclusivamente à ciência a respeito da precariedade da decisão antecipatória de tutela, mas de que o magistrado não sujeitaria o segurado à devolução dos valores recebidos, até porque inexiste disposição nesse sentido da legislação previdenciária. Assim, afirma o relator que o exame da questão deveria ser realizado com base na normativa previdenciária, que teria como finalidade a proteção social.

Também merece destaque o voto do Ministro Napoleão Maia Nunes Filho, que ao discorrer sobre a legítima expectativa e confiança do jurisdicionado na certeza da decisão judicial, afirma que:

> O Juiz deferiu a tutela antecipada porque se convenceu do direito. A parte contra quem foi dada a tutela tem diversos meios processuais de retirar a eficácia daquela decisão do Juiz e, particularmente, do Poder Público, que se pode valer do famigerado pedido de suspensão de tutelas, até de sentenças. Então, tudo isso se manteve durante longo tempo. Seria razoável, a esta altura, dizer-se que a confiança que o autor depositou na decisão é ilegítima ou que a sua expectativa de manutenção daquela decisão é injustificável? Teoricamente talvez, porque em teoria aquilo é provisório. E como disse no começo da minha fala, Senhor Presidente, agradecendo a V. Exa. a gentileza de me ouvir, penso que a eficácia das tutelas antecipatórias é infinita enquanto dura (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 1.401.560/MT).

O Supremo Tribunal Federal se posicionou a respeito do mesmo tema por meio do julgamento do tema 799, no ano de 2015, no qual reconheceu a ausência de repercussão geral sobre a matéria.

Então, no ano de 2018, o tema foi novamente colocado em análise, uma vez que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), ingressou com Recurso Especial 1.734.627/SP, contra acórdão do Tribunal Regional da Terceira Região (TRF3), por decisão contrária ao estabelecido no tema 692 do STJ. Assim, o recurso foi recebido e admitido pelo STJ, sendo classificado como "revisão do entendimento firmado em tema repetitivo", de acordo com o art. 256-S do Regimento Interno do STJ (Controvérsia nº 51).

Entre os motivos ensejadores da revisão do tema, foi levantado que o julgamento do Recurso Especial 1.401.560/MT não levou em consideração as seguintes hipóteses:

> a) tutela de urgência concedida de ofício e não recorrida; b) tutela de urgência concedida a pedido e não recorrida; c) tutela de urgência concedida na sentença e não recorrida, seja por agravo de instrumento, na sistemática processual anterior do CPC/1973, seja por pedido de suspensão, conforme o CPC/2015; d) tutela de urgência concedida initio litis e não recorrida; e) tutela de urgência concedida initio litis, cujo recurso não foi provido pela segunda instância; f) tutela de urgência concedida em agravo de instrumento pela segunda instância; g) tutela de urgência concedida

> em primeiro e segundo graus, cuja revogação se dá em razão de mudança superveniente da jurisprudência então existente (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 1.734.627 /SP).

Ainda, afirmou que tais hipóteses diferem substancialmente das seguintes hipóteses:

> a) tutela de urgência concedida e cassada, a seguir, seja em juízo de reconsideração pelo próprio juízo de primeiro grau, ou pela segunda instância em agravo de instrumento ou mediante pedido de suspensão; b) tutela de urgência cassada, mesmo nas situações retratadas anteriormente, mas com fundamento expresso na decisão de que houve má-fé da parte ou afronta clara a texto de lei, como no caso das vedações expressas de concessão de medida liminar ou tutela antecipada (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 1.734.627/SP).

Sendo assim, todos os processos que versam sobre a matéria encontram-se sobrestados aguardando resolução do tema. Ainda, recentemente em março de 2021, o STJ julgou os Temas 1009 e 979, que versam sobre a necessidade de devolução dos valores recebidos a título de benefícios previdenciários pelos servidores públicos (Tema 1009) e pelos segurados do Regime Geral da Previdência Social (Tema 979), em virtude de erro da Administração Pública. Nesses dois julgados, a corte entendeu que a devolução apenas seria possível se comprovada a ausência de boa-fé do beneficiário.

3.2. DO ACESSO À JUSTIÇA E O INSTITUTO DA TUTELA PROVISÓRIA

No ordenamento jurídico interno e internacional, muitos diplomas legislativos buscaram assegurar o direito ao acesso à justiça. No Brasil, o marco teórico mais importante é sem dúvida, a Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5°, XXXV, garante a todos a inafastabilidade da tutela jurisdicional e se propõe a assegurar a pacificação social em seu preâmbulo.

Além da Constituição, outros normativos legais também preveem a garantia de acesso à justiça de forma expressa. O Código de Processo Civil incorporou o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e do acesso à justiça em seu artigo 3°. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica asseguram o direito de todas as pessoas de serem ouvidas, observado o devido processo legal e a duração razoável do processo, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial.

O acesso à justiça é o núcleo essencial dos ordenamentos jurídicos modernos. Cappelletti e Garth (1988, p. 13) chegam a afirmar que esse direito é o mais básico dos direitos humanos, pois somente por meio dele os demais direitos se tornam efetivos.

Apesar da fundamentalidade do direito de acesso à justiça, diversas são as dificuldades de conceituá-lo. Isso porque, o acesso à justiça é um conceito histórico e sofre influências do modelo de Estado e do modelo de processo em vigor.

Em um Estado social e a partir da noção de processo como instrumento do direito material, ou seja, em um Estado com postura ativa, que deve promover direitos, o conceito de acesso à justiça é muito mais amplo. Envolve não apenas a garantia de acesso ao Judiciário, mas a possibilidade de resolução de conflitos por vias autocompositivas, além do direito a um processo com duração razoável e do direito à tutela efetiva e adequada. Mas, nem sempre foi assim.

Em um Estado liberal e a partir de um sistema processual voltado para a tutela de si mesmo, isto é, um sistema fechado, a preocupação com o acesso à justiça é eminentemente formal.

Referências no assunto, Cappelletti e Garth (1988, p. 8) afirmam que:

> A expressão "acesso à Justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Hoje esse conceito de Cappelletti e Garth talvez já não seja o mais adequado. O acesso à Justiça não se resume mais a meros instrumentos judiciais nos quais há a presença estatal. Apesar de ainda ser a principal via para se chegar à tutela do direito, outras modalidades de resolução de litígio têm ganhado força.

De qualquer modo, o direito de acesso à justiça deve ser o ponto de partida do ordenamento jurídico brasileiro, pois além de ser o direito fundamental do qual todos os demais emanam é, na visão de Gabriel de Lima Bedin e Fabiana Marion Spengler (2013) alicerce da democracia contemporânea.

No entanto, duras críticas vêm sendo apontadas por diversos autores, especialmente, no tocante às disparidades do mundo jurídico e do mundo real.

Para Paulo Bezerra (2008, p. 111):

> Entre o formal e o real, entretanto, medeia um abismo. O preceito constitucional permanece como simples promessa a ser cumprido, em várias regiões do país, as mais numerosas, e insatisfatoriamente cumprida em muito poucos, tanto qualitativa quanto quantitativamente.

Cândido Rangel Dinamarco (1987, p. 391) aponta outros entraves:

> As tradicionais limitações ao ingresso na Justiça, jurídicas ou de fato (econômicas, sociais) são óbices graves à consecução dos objetivos processuais e, do ponto de vista da potencial clientela do Poder Judiciário, constituem para cada qual um fator de decepções em face de esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam; para a sociedade, elas impedem a realização de práticas pacificadoras destinadas ao estabelecimento de clima harmonioso entre seus membros; para o Estado, é fator de desgaste de sua própria legitimidade e da dos seus institutos e do seu ordenamento jurídico.

O Brasil ainda está em busca da ampla promoção de acesso à justiça. Apesar de sermos um país com números estratosféricos de processos judiciais, ainda estamos longe de garantir o pleno acesso e a obediência aos dispositivos constitucionais que asseguram a materialização desse direito.

Tal situação se mostra ainda mais alarmante em face do direito previdenciário, pois se está a tratar, muitas vezes, de pessoas que desconhecem seus direitos ou que não são corretamente informadas sobre eles, que se veem obrigadas a demandar em face do INSS, um dos maiores litigantes do país, e, além disso, a arcar com o ônus da demora do processo, muitas vezes privadas de seu trabalho ou sem qualquer renda para subsistência.

Por isso, imprescindíveis constantes atualizações da garantia constitucional de acesso à justiça e que sejam elaboradas políticas materiais capazes de eliminar esse abismo existente entre o mundo fático e o mundo jurídico. Nesse aspecto, a tutela provisória tem se tornado um importante instrumento.

O instituto da tutela provisória sofreu diversas modificações com o CPC de 2015. A partir da vigência do novo Código, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência e evidência. Para os fins deste trabalho, nos importa analisar, especificamente, a tutela de urgência antecipada.

Com fundamento na garantia constitucional da duração razoável do processo, insculpida no art. 5º, LXXVIII, da CF e também no art. 4º, do CPC, a tutela provisória foi pensada para mitigar os ônus da demora do processo.

A tutela de urgência visa assegurar, como é intuitivo de sua nomenclatura, o perigo de demora do processo, a partir da existência da probabilidade do direito. Ao juiz é permitido antecipar os efeitos que a parte busca com o processo, desde que, verificado em cognição sumária, que a parte autora é titular do direito que alega e que a demora da marcha processual pode acarretar um dano a esse direito ou ao resultado útil do processo, ou seja, aquilo que se espera obter após cognição exauriente.

Duas modalidades de tutela de urgência estão previstas no CPC: a tutela provisória de urgência cautelar e a tutela provisória de urgência antecipada. Ambas as tutelas podem ser requeridas no bojo de um processo judicial em curso ou ainda, em caráter antecedente.

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015), a tutela cautelar assegura que a tutela definitiva possa futura e eventualmente ocorrer. Já a tutela satisfativa ou antecipada, pode levar a uma tutela preventiva ou repressiva do ilícito, ressarcitória ou ainda, à tutela do adimplemento.

Especificamente, no âmbito do direito previdenciário se está a falar da tutela antecipada do adimplemento, vez que o magistrado, ao conceder a tutela provisória, determina ao INSS que efetue o pagamento do benefício previdenciário à que a parte faz jus, antes mesmo da questão estar definitivamente decidida.

Embora o CPC discipline a possibilidade de condicionar o deferimento da tutela provisória à prestação de caução apta a ressarcir os danos que a outra parte vier a sofrer, tal previsão não deve ser empecilho para concessão da tutela em matéria previdenciária, tendo que vista que muitos segurados não têm condições de oferecer caução e por se tratar de verba alimentar. Nesse sentido, deve ser aplicado o disposto no art. 300, §1º, do CPC, que autoriza a dispensa de caução tratando-se de parte economicamente hipossuficiente. O CPC dispõe ainda, nos termos do art. 300, §3º, que a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade da decisão. Da mesma forma que a caução, a irreversibilidade da tutela também deve ser lida de forma mitigada à luz do direito previdenciário. Isso porque, tal condicionante esvazia de plano a finalidade da tutela provisória.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, pág. 204) fazem duras críticas a esse dispositivo sustentando que a lógica do direito provável deve ter sim, prevalência sobre o direito improvável:

> "Na contramão da lógica do provável, refere o art. 300, §3º, do CPC que "a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão". Em virtude dessa regra, seria possível pensar que o juiz não pode conceder tutela antecipatória quando ela puder causar prejuízo irreversível ao réu. Contudo, se a tutela antecipatória, no caso do art. 300, tem por objetivo combater o perigo na demora capaz de produzir um ato ilícito ou um fato danoso – talvez irreparável – ao direito provável, não há como não admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o direito provável deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável".

Além das modificações já apontadas, o CPC 2015 alterou também a sistemática de concessão da tutela provisória. Se antes era permitida a concessão de tutela cautelar de ofício, pela disciplina do código atual, somente se admite a concessão mediante requerimento da parte interessada. Tal requerimento poderá ser feito em liminar, em sentença, ou mesmo, em fase recursal, ou seja, enquanto inexistir cognição definitiva. A depender da modalidade, a tutela poderá ser concedida em caráter liminar e o contraditório será então diferido, nos termos do art. 300, §2º, do CPC.

O requerimento de tutela provisória deverá ser endereçado ao juiz da causa, tratando-se de tutela incidental, ou ainda, ao juiz competente para apreciação do pedido principal, em caso de tutela requerida em caráter antecedente. O magistrado poderá empregar todas as medidas que considerar adequadas para sua efetivação.

Por fim, a eficácia da tutela provisória concedida será mantida até que venha a ser revogada por decisão fundamentada e a partir de novos elementos e circunstâncias. Perderá sua eficácia também a partir do momento em que for proferida decisão definitiva, o que evidencia sua provisoriedade.

3.2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NECESSIDADE DE RELEITURA DO INSTITUTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA LUZ DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E DO PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO AO SEGURADO

O presente subcapítulo visa estudar os benefícios previdenciários à luz do caráter alimentar das verbas e, por conseguinte, a necessidade de reflexão e releitura dos institutos processuais sob a égide dos direitos fundamentais sociais e dos princípios que informam a Seguridade Social.

Para isso ser possível, faz-se necessária uma reflexão a partir do que são os direitos fundamentais sociais e da sua posição no ordenamento jurídico brasileiro. Pois bem, os direitos fundamentais sociais representam valores basilares de um Estado social e democrático de Direito, sendo basilares para a identidade da ordem constitucional, bem como para a garantia da dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 expressamente consagrou a previdência social como um direito social (art. 6º - CFRB/1988). Nessa toada, a Carta Magna determina o rol dos benefícios que deverão ser concedidos, seja pelo Regime Geral de Previdência Social (art. 201 – CFRB/1988, seja pelos Regimes Próprios de Previdência Social (art. 40 - CFRB/1988).

Da Costa (2018), destaca que o nosso ordenamento jurídico elenca um extenso rol de benefícios previdenciários, destacando as aposentadorias programáveis por idade, por tempo de serviço, por tempo de contribuição e as especiais; além de os auxílios-doença, acidente, reclusão, salientando-se a aposentadoria por invalidez; entre outros.

O autor ressalta que inexiste faculdade do ente público gestor, mas sim um múnus público, isto é, "Nos termos das normas que lhes são próprias e atendidos os requisitos e pressupostos necessários para concessão, os benefícios previdenciários podem e devem ser concedidos e pagos" (DA COSTA, 2018, p. 9).

Clève (2003), ensina que os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais. Desta forma, ressalta que uma nova configuração dos direitos fundamentais, especialmente dos apontados como sociais, requer uma abordagem doutrinária inovadora e coerente com os avanços sociais.

Portanto, em se tratando dos direitos sociais, não é suficiente uma conduta estatal que apenas os respeite e proteja, mas que principalmente realize sua promoção, pois é dever do Estado garantir a efetivação dos direitos e garantias constitucionais, e não somente o acesso formal a tais direitos (NOVAIS, 2010).

Sobre o tema em estudo, ao observar a jurisprudência sobre a efetiva necessidade de devolução de benefícios previdenciários recebidos por segurados devem obrigatoriamente ser analisados três fundamentos no intuito de se evitar injustiças e ilegalidades: a natureza alimentar desses valores, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos e a boa-fé.

Com efeito, entende-se como inconteste a natureza alimentar do benefício previdenciário, o qual substitui a renda do segurado nos casos das contingências cobertas pela legislação, em que se encontra impossibilitado de trabalhar ou prover a própria subsistência. Nessa linha, Luchi Demo (2020, p. 19) recorda que jurisprudência sempre vinculou a aplicação do princípio da irrepetibilidade dos alimentos à boa-fé do segurado ou servidor público, ou seja, presente a boa-fé, deveria ser reconhecida a irrepetibilidade e, diversamente, ausente a boa-fé, ocorreria a devolução do benefício previdenciário.

Não há dúvidas que obrigar beneficiários dos regimes da previdência a devolverem o que receberam pode ter consequências perversas. Levin (2015, p. 139) observa uma clara situação de vulnerabilidade, nesse sentido:

> A consagração do Estado Social de Direito, concessor frequente de vantagens as mais diversas aos administrados, faz nascer, ao menos àqueles que tenham agido de boa-fé, o direito à irrepetibilidade das vantagens que tenham usufruído, tendo em vista o direito fundamental à estabilidade jurídica das relações entre a Administração e os administrados. Com efeito, torna-se plenamente defensável a tese de que, uma vez revisto o ato de concessão de um benefício previdenciário, sua invalidação produza apenas efeitos somente pro futuro, de modo a impedir que a Administração venha a cobrar do segurado, que recebeu a benesse ao arrepio da legislação sem que tenha concorrido para a prática da ilegalidade cometida, as verbas recebidas a maior.

Ante ao exposto, é necessário realizar uma releitura dos institutos processuais à luz dos direitos fundamentais e dos princípios que balizam a Seguridade Social, entre eles o princípio da vedação ao retrocesso social e da proteção ao segurado, também conhecido como in dubio pro misero.

Em relação à vedação ao retrocesso social, que é um dos aspectos mais importantes dos direitos fundamentais e também um princípio específico da Seguridade Social, consiste na impossibilidade de redução ou restrição do alcance dos direitos fundamentais sociais (SERAU JUNIOR, 2020), a fim de garantir ao segurado o mínimo existencial (TAVARES, 2003, *apud* LAZZARI et al, 2018), que na ordem constitucional brasileira pode ser entendido como um parâmetro inicial das ações estatais voltadas à concretização da justiça social, e não um limite para essas medidas estatais (SARMENTO, 2016).

Ressalta-se que o conceito atual de mínimo existencial transcende a ideia de garantia da mera existência fisiológica do indivíduo, compreendendo também a sua dimensão sociocultural (MARINONI et al, 2017). Ademais, especificamente no âmbito da Seguridade Social, sabe-se que a supressão de direitos não ocorre somente por meio de reformas constitucionais e legislativas expressas e diretas, mas também por meio do progressivo endurecimento das regras que regulamentam o acesso aos benefícios previdenciários (SERAU JUNIOR, 2020).

Já o princípio da proteção, por sua vez, relaciona-se à ideia de proteção ao sujeito mais vulnerável social e economicamente. Além disso, no que diz respeito à interpretação das normas, esse princípio também estabelece que cabe ao intérprete buscar a solução que atende melhor à sua função social, a fim de garantir a proteção do segurado que depende das políticas sociais para a manutenção de sua subsistência (LAZZARI et al, 2018).

Dessa forma, ao analisar a repetibilidade dos valores recebidos a título de antecipação de tutela em processos de natureza previdenciária e assistencial, deve-se levar em consideração o estado de vulnerabilidade social e econômica que os segurados se encontram, os quais estão sem receber o benefício e também impossibilitados de exercer atividade remunerada que lhes garanta a subsistência, muitas vezes não sendo aceitos de volta ao trabalho pelo próprio empregador, culminando em um cenário de "limbo previdenciário", pois há um impedimento ao retorno ao trabalho, porém nenhuma garantia do benefício.

Salienta--se que especificamente em relação aos benefícios de natureza previdenciária, como o auxílio por incapacidade temporária e aposentadoria por incapacidade permanente (antigamente denominados auxílio-doença e aposentadoria por invalidez), trata-se de benefícios de natureza contributiva, pois os segurados empregados, contribuintes individuais e os segurados facultativos vertem contribuições ao sistema e, portanto, estão custeando esses benefícios. Logo, enfraquece-se o argumento de que a concessão do benefício alimentar por meio da antecipação de tutela é de fato tão lesiva ao erário e ensejadora do enriquecimento sem causa.

Já no caso dos processos judiciais que versam sobre a concessão do benefício assistencial ao idoso ou pessoa com deficiência, discute-se a concessão de um salário-mínimo a pessoas cujo estado econômico é de miserabilidade, ou seja, cuja renda mensal per capita familiar é inferior a um quarto do salário-mínimo, conforme dispõe a Lei 8.742 de 1993. Portanto, como exigir a devolução de verbas alimentares de pessoas que buscam o Poder Judiciário justamente por mal auferirem renda?

Assim, exigir dos segurados que devolvam um benefício de natureza alimentar agrava ainda mais a frágil situação dos jurisdicionados, gerando graves obstáculos ao pleno acesso à justiça, bem como a descrença dos segurados em relação ao papel do Poder Judiciário e do Estado na concretização dos direitos fundamentais sociais.

4. CONCLUSÕES

A discussão a respeito da repetibilidade das verbas previdenciárias é matéria delicada e muito complexa, que afeta de forma grave os jurisdicionados e cuja resolução ainda parece distante, não sendo pretensão do presente trabalho esgotar o tema, mas apontar uma outra perspectiva de análise sobre a questão, tendo como parâmetro a interpretação e aplicações das normas levando em consideração sua função social.

O conceito de acesso à justiça e os institutos processuais não devem ser entendidos como meras garantias formais aos jurisdicionados, principalmente quando se trata de pessoas vulneráveis socialmente e hipossuficientes, como é o caso do processo judicial previdenciário.

Dessa forma, é crucial a relativização e releitura dos institutos processuais à luz dos direitos fundamentais sociais e os princípios que informam a seguridade social, a fim de evitar o agravamento da situação socioeconômica dos jurisdicionados, culminando em cenário paradoxal, pois buscam o amparo judicial justamente em virtude da ausência de meios para manter a própria subsistência.

Portanto, uma vez que o benefício previdenciário se trata de verba alimentar constitucionalmente expressa, defende-se sua irrepetibilidade, mesmo com a alteração superveniente da decisão judicial que a concedeu, em virtude da boa-fé demonstrada pelo segurado, bem como da concretização dos princípios que informam a Seguridade Social, entre eles a vedação ao retrocesso social e o princípio in dubio pro misero. Logo, espera- se que a resolução da controvérsia sobre o tema pelo STJ caminhe no sentido que mais favoreça o segurado.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. *Direito de Acesso à Justiça como concretização dos direitos humanos: garantias no âmbito nacional e internacional*. In SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antônio (Org.). Acesso à Justiça, direitos humanos e mediação, Curitiba, Multideia, 2013.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano de realização do direito*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2ª Edição, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão em Recurso Especial nº 1.401.560/MT*. Relator Min. Sérgio Kukina, Brasília, 12 de fevereiro de 2014. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 13 de outubro de 2015.

_. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão em Recurso Especial nº 1.734.627 /SP*. Relator Min. Og Fernandes, Brasília, 14 de novembro de 2018. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 03 de dezembro de 2018.

_. Superior Tribunal de Justiça. Tema 692. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1401560>. Acesso em: 12 de abril de 2021.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais.* Revista Crítica Jurídica, v. 22, p. 17-29, 2003.

DA COSTA, Ari Boemer Antunes. *O crédito previdenciário a favor da fazenda pública e o princípio da irrepetibilidade dos alimentos*. Revista JurisFIB, v. 9, n. 1, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987.

LAZZARI, João Batista *et al*. *Prática Processual Previdenciária: administrativa e judicial.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1439 p.

LEVIN, Eduardo et al. *A irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé, a título de benefício previdenciário: uma abordagem sob a ótica do Direito Administrativo*. Revista da Defensoria Pública da União, n. 08, 2015.

LUCHI DEMO, R. L. (2020). *Devolução de benefício previdenciário recebido em virtude de antecipação de tutela posteriormente revogada: análise jurídica e econômica e a superveniência da Lei 13.846/2019*. Revista Do Tribunal Regional Federal Da 1ª Região, 32(3), 16-27. Recuperado de https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/229CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 1ª Ed., v. 2. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo. Ed. SaraivaJur, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010. 414 p.

REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*. Revista de Processo. São Paulo: RT, a, v. 40, p. 167-194, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 376 p.

SERAU JUNIOR, *Marco Aurélio. Seguridade Social e Direitos Fundamentais. 4. ed. Curitiba*: Juruá, 2020. 280 p.

PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO CIVIL POR DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO DO JULGADOR: confrontação entre sua função de destinatário da prova e a influência de seu ativismo probatório no julgamento do mérito

PINTO, João Paulo de Jesus[1]
SILVA, Eduardo Moraes Lameu[2]

1 Pós-graduando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL), jp.jp92@yahoo.com.br.

2 Mestre em Instituições Sociais Direito e Democracia (FUMEC), Pós-graduado em Direito Civil (ANHAGUERA UNIDERP), Especialista em Direito Público (PUC-MG), Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL), emlameu@gmail.com.

RESUMO

O conteúdo levantado neste trabalho analisa o ativismo probatório judicial através das óticas constitucional e processual civil. É um tema que pode dar azo a questionamentos acerca de sua constitucionalidade e legitimidade. O principal questionamento feito aqui diz respeito à (im) possibilidade de determinação de produção de provas de ofício por parte do julgador e a possível influência desse ativismo no julgamento do mérito. Adotou-se o método de pesquisa bibliográfica, sempre buscando uma análise dialética de posicionamentos antagônicos doutrinários sobre o ativismo probatório. Os resultados do trabalho demonstram uma superioridade de posicionamentos favoráveis à produção de provas de ofício como forma de garantir a efetividade do provimento jurisdicional, inferência decorrente da confrontação entre os diversos doutrinadores que foram referenciados.

Palavras-chave: provas de ofício; ativismo judicial; imparcialidade; inércia; poderes instrutórios.

1. INTRODUÇÃO

Há uma linha tênue entre a capacidade instrutória do juiz e o poder de isso influir no resultado útil do processo que ele mesmo julgará. Abre-se margem à alegação de lesão aos princípios da inércia e da imparcialidade do juiz, gerando uma calorosa discussão acerca deste poder instrutório, pois, a despeito do processo penal visar à verdade real dos fatos, o processo civil, em tese, se preocupa apenas com a obtenção da verdade processual.

O presente artigo traz uma análise dialética sobre o tema, à luz de uma análise da teleologia do direito probatório. Parte-se do pressuposto do artigo 6º do Código de Processo Civil (CPC), que prevê que um dos objetivos das demandas judiciais é o alcance, em tempo razoável, de uma decisão de mérito justa e efetiva. Para que se atinja aludida meta, o legislador outorga poderes ao Estado-Juiz a fim de que ele das provas necessárias ao julgamento do mérito, de ofício ou a requerimento da parte interessada (CPC, Art. 370, *caput*).

Primeiramente será apresentada a metodologia utilizada no trabalho, no primeiro capítulo. Posteriormente é dedicado o segundo capítulo a fornecer um arcabouço teórico abordando a principiologia do tema. Por fim, o último capítulo fornecerá uma análise dialética, apresentando o posicionamento da doutrina nacional.

Dessa forma, esta obra visa contribuir para a comunidade acadêmica ao proporcionar um estudo dialético em âmbito processual civil, embasado por posicionamentos de renomados autores da área.

2. METODOLOGIA

A dialética aqui é construída através de pesquisa bibliográfica com o escopo em levantar e confrontar posicionamentos antagônicos sobre o tema. Como forma de proporcionar didática, este estudo analisará normas específicas para os conteúdos em análise, bem como dispositivos legais *lato sensu* aplicáveis ao direito probatório. Além disso, embasar-se-á em pesquisas qualitativas realizadas através de consultas às definições elaboradas por diversos jurisconsultos que disciplinam distintas assertivas e matérias que são utilizadas para a fundamentação dos argumentos expostos na obra. Dessa forma, para propiciar uma didática aberta, será utilizada a técnica do contraste para confrontar posicionamentos que são adversos a fim de que o leitor tenha a possibilidade de formar a conclusão que melhor se adeque ao seu intelecto e não fique preso às exposições autorais.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1. Normatização das provas sob diferentes contextualizações principiológicas

Conforme restará visível nos subtítulos a seguir, o presente tópico explorará a essência principiológica do processo civil, notadamente no que se refere à temática em análise. Legislações específicas deste ramo serão aprofundadas após serem introduzidas por conteúdos normativos genéricos expostos sob uma ótica processualista civil.

3.1.1. A prova como integrante do devido processo legal

Também reconhecido por sua tradução inglesa (*due process of law*), o devido processo legal é um princípio comum a todas as demais garantias relacionadas à efetivação da justiça. Funciona como um controle aos abusos do Estado, limitando seu poder ao condicionar a restrição da liberdade de alguém ou a constrição de seus bens a um procedimento previamente estabelecido por lei.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) assegura direitos relacionados à temática em análise. O direito à produção de prova é inferido como fundamental, tendo em vista que integra o devido processo legal expressamente previsto no texto constitucional como direito fundamental. Consequentemente, por participar do capítulo que dispõe sobre direitos individuais e, de acordo com o que consta no artigo 60, § 4º da CRFB, é uma cláusula pétrea que não pode ser abolida sequer por emenda à constituição.

O próprio Pacto de San José da Costa Rica também dispõe sobre o tema. Malgrado não regule expressamente sobre uma produção genérica de provas, salvaguarda o direito de inquirição de testemunhas, peritos ou outras pessoas que possam auxiliar no deslinde de uma demanda judicial (BRASIL, Decreto nº 678, Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica - de 6 de novembro de 1992). Daniel Amorim Assumpção Neves (NEVES, 2017, p. 173) frisa que há entendimento pacífico de que o princípio em análise funciona como um supraprincípio, "[...] norteador de todos os demais que devem ser observados no processo" (NEVES, 2017, p. 173).

Abstrai-se, sobretudo, que é um princípio que garante às partes a possibilidade de gozarem da paridade de armas essencial à defesa de seus objetivos dentro de um procedimento, judicial ou administrativo.

Consequentemente, o julgador ficará municiado de elementos mínimos à melhor formação das decisões justas exigíveis e esperadas do seu labor.

3.1.2. O princípio da imparcialidade do julgador frente ao ordenamento jurídico

Como cediço, as partes conflitantes, quando não conseguem resolver extrajudicialmente algum conflito, elegem o Estado-Juiz para que ele decida por elas quem é o verdadeiro detentor do direito em litígio ao efetivar sua jurisdição. Isso decorre do princípio processual da substitutividade que, de acordo com Elpídio Donizetti (DONIZETTI, 2019, p. 213), é o que dá o caráter de heterocomposição à jurisdição. Elpídio leciona que isso precede à solução do embate concreto e faz parte da essência exigida do Estado-juiz para reconhecer o direito posto em litígio.

Esse juiz deve atender à norma da imparcialidade. Aliás, a imparcialidade do juiz é uma das garantias processuais que salvaguardam a prolação das decisões justas previstas no final do artigo 6º do CPC, além de proporcionar segurança jurídica a elas. É regulada em diversas outras normas como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Código de Ética da Magistratura Nacional, a própria Carta Magna brasileira entre outras disposições legais.

Por sua vez, a CRFB estabelece, aos juízes, vedações que têm o fim de empreender a imparcialidade dos magistrados. Dentre elas, destacam-se as apresentadas no parágrafo único do artigo 95, tais como: exercer outra função, salvo de magistério; receber participação em processo e dedicar-se a atividade político-partidária.

No Código de Processo Civil, são estabelecidas causas de impedimento e suspeição nas quais, presentes quaisquer delas, em concorrência ou não, o julgador deve apontá-las para que não seja dado azo à prolação de decisões incrédulas. Dentre estas, destacam-se, respectivamente, a postulação, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, por seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, além da amizade íntima do juiz com quaisquer das partes ou advogados.

Para conceituar a imparcialidade, Fábio Victor da Fonte Monnerat elucida que o Estado-Juiz deve demonstrar e garantir, ao jurisdicionado, que não possui interesse na vitória de nenhum dos litigantes. Como conclusão, ele explana que os atos judiciais que não possuírem este atributo são imprestáveis ao Direito (MONNERAT, 2018, p. 75).

Em matéria probatória, os poderes do juiz podem gerar uma visão pessimista quanto ao princípio em análise. Portanto, de acordo com

Trícia Navarro Xavier Cabral (2008, p. 53), os litigantes podem criar certa resistência a isso:

> [...] especialmente por não saberem (os litigantes) exatamente a capacidade de mácula à imparcialidade do julgador, e ainda por receio de que esse controle probatório acabe prejudicando os interesses defendidos porque, no sistema processual na época do liberalismo, o deslinde da questão posta em juízo dependia muito mais da habilidade dos advogados do que propriamente do direito da parte. (CABRAL, 2008, p. 53).

O único interesse do julgador deve ser alcançar a solução do mérito discutido. Na doutrina processualista, a imparcialidade é reconhecida como um dos pressupostos processuais de validade do processo; sua inexistência pode dar razão a um reconhecimento futuro de nulidade das decisões prolatadas pelo terceiro parcial.

3.1.3. Igualdade

De maneira genérica, o princípio da igualdade é consagrado no artigo 7º do Código de Processo Civil. Assegura aos litigantes idênticos zelos para que seus direitos e faculdades processuais possam ser devidamente usufruídos. Ao juiz, é outorgado o dever de propiciar às partes a efetivação de tudo o que é disposto em aludido dispositivo, conforme se vê da leitura do artigo 139, I, também do CPC.

Araken de Assis discorre que as desigualdades sociais existentes na sociedade também repercutem dentro do processo e conclui que isso poderia interferir na solução justa da demanda. Desta maneira, ele interpreta que a efetivação da igualdade dentro do processo é uma grande conquista (ASSIS, 2016, p. 27).

Diante da específica temática aqui analisada, não se pode olvidar da disposição colocada no segundo período do artigo 371 do CPC. Salvaguarda-se a apreciação, pelo julgador, de todas as provas produzidas dentro do processo independentemente de quem a tenha fomentado, promovendo o princípio da igualdade entre as partes.

Em decorrência destas informações, infere-se que o julgador não deve apreciar as provas de maneira tendenciosa, tampouco determinar sua produção para favorecer diretamente qualquer uma das partes. Aliás, a depender da situação concreta, para promover a igualdade entre as partes ao equilibrar os poderes delas, ele poderá inverter o ônus da prova.

Destarte, medidas como as acima demonstradas equilibram ocasionais desproporções entre os poderios das partes, que nem sempre se encontram em paridade de armas. Paridade esta que é essencial à consagração da igualdade também dentro de um processo.

3.1.4. Persuasão racional

Também conhecido como livre convencimento motivado, este princípio não aparece expressamente no Código de Processo Civil. Todavia, é notório nas doutrinas que é o que vigora no processo civil. Elpídio Donizetti conceitua desta maneira:

> O juiz é livre na formação de seu convencimento, na apreciação das provas e argumentos apresentados pelas partes. Essa liberdade de convicção, no entanto, há de ser exercida de forma motivada (princípio da motivação ou da fundamentação), estando o juiz vinculado à prova e aos demais elementos existentes nos autos, bem como às regras legais porventura existentes e às máximas de experiência. (DONIZETTI, 2017, p. 509).

Impende observar que, como apontado no artigo 371 do CPC, as características pessoais do sujeito que promoveu a prova não poderão interferir no convencimento do julgador; isso efetiva os princípios da igualdade e da imparcialidade. É algo essencial pois, como se sabe, há provas que podem ser produzidas após determinação do próprio julgador e essa disposição do artigo 371, cominada com outras que disponham acerca da imparcialidade e da igualdade entre as partes, garantem segurança jurídica às decisões.

Caso contrário, abrir-se-ia margem à atuação tendenciosa do juiz em favor das provas que porventura determinou a produção de ofício. Isso decorre, inclusive, da exigência de motivação às decisões, sob pena de declaração de nulidade delas, determinada no artigo 93, IX, da CRFB.

Ademais, o direito processual brasileiro não adota um escalonamento no qual há uma hierarquia entre os diversos meios de prova passíveis de produção. Diferentemente, o antigo direito romano, que se baseava na oralidade, apresentava a prova oral como a prova por excelência e a prova escrita como subsidiária, nesse sentido:

> (...) chama a atenção a coincidência posta no direito romano do *ordo iudiciorum privatorum* de um sistema processual baseado na oralidade, assim como ocorrente no sistema adversarial. Neste, a

> prova oral é a prova por excelência, possuindo a prova escrita uma função subordinada, denotando uma verdadeira hierarquia probatória. (BOTELHO, 2015).

No Brasil, o julgador tem a liberdade de interpretar as provas produzidas de acordo com seu livre convencimento, com as "regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial" (BRASIL, Lei nº 13.105, Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015). Contudo, este livre convencimento não pode ser arbitrário, tem que ser motivado; desta forma, assegura-se a fundamentação de todas as decisões ante sua essencialidade demonstrada no parágrafo anterior.

Fundamentada a valoração das provas realizada pelo magistrado, as partes poderão avaliar se as provas por ela requeridas e produzidas, bem como as obtidas por determinação de ofício do julgador, respeitaram o devido processo legal. Isso é primordial para consagrar, inclusive, os princípios do duplo grau de jurisdição, da ampla defesa e do contraditório. Obtém-se essa conclusão pois, acaso qualquer dos litigantes queira contestar a legitimidade de alguma prova produzida, terá a segurança jurídica necessária obtida através dessa motivação resultante da persuasão racional do juiz.

4. PROVAS PRODUZIDAS DE OFÍCIO PELO JUIZ: ANÁLISE DA NEUTRALIDADE QUE LHE É EXIGIDA

Ao longo de sua redação, o CPC delegou muitos poderes e deveres ao julgador. É ele quem dirigirá o processo, conforme determina o *caput* do artigo 139 e, para que isso proporcione o melhor caminho ao alcance da decisão de mérito justa e efetiva ansiada pelo artigo 6º, o próprio artigo 139, combinado com outras disposições, preveem situações em que o juiz deve zelar por seu efetivo cumprimento.

Araken ainda leciona que este poder de direção possui objeto muito amplo. Define que se divide em quatro subespécies: controle, fiscalização, ordinário e instrutório. É o que se infere desta passagem:

> O objeto da direção é amplíssimo e abarca todos os meios e instrumentos que servem a um processo. Eles se dividem nas seguintes subespécies: (a) poderes de controle, tocando ao juiz promover o debate, sanear o processo, suspendê- lo nos casos legais, reunir e

> separar processos, repelir e reprimir a prática de atos processuais supérfluos; (b) poderes de fiscalização, incumbindo ao juiz disciplinar e sancionar a atividade das partes e dos terceiros, valendo-se da caracterização dos respectivos deveres processuais; (c) poderes ordinários, através dos quais impulsiona o processo; e (d) poderes instrutórios, mediante os quais o juiz identifica as questões de fato controvertidas, determina ou autoriza a prova necessária (art. 370, caput), reunindo o material para decidir a causa, e avalia esse conjunto (art. 371). (ASSIS, 2016, p. 647).

Humberto Theodoro Júnior também disserta sobre o tema em apreço. Segundo ele, os poderes servem para que o juiz tenha uma virtuosa direção do processo e os deveres são condizentes à observação das determinações legais correspondentes aos poderes. É o que ele cogita:

> A um só tempo, portanto, o legislador processual põe nas mãos do juiz poderes para bem dirigir o processo e deveres de observar o conteúdo das normas respectivas. Assim, o juiz tem poderes para assegurar tratamento igualitário das partes, para dar andamento célere ao processo e para reprimir os atos contrários à dignidade da Justiça, mas às partes assiste, também, o direito de exigir que o magistrado use desses mesmos poderes sempre que a causa tomar rumo contrário aos desígnios do direito processual. (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 459).

Como a essência da presente obra é composta pelos poderes instrutórios, os demais definidos por Araken, no trecho acima inserido, não serão aqui aprofundados, embora possuam, em sua finalidade, objetos que influam e sejam de interesse à subespécie instrutória.

4.1. Definição e Aplicação

Por vezes mencionada nesta obra, as provas produzidas de ofício são as realizadas diante do poder atribuído pelo artigo 370 do CPC ao magistrado: "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito" (BRASIL, Lei nº 13.105, Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015). Paulo Osternack Amaral assim resume: "[...] os poderes probatórios conferem ao juiz a atribuição de atuar de forma ativa, compartilhando com as partes o encargo de produzir todas as provas que repute adequadas para a correta formação de seu convencimento" (AMARAL, 2017, p. 43).

Entendimento dominante na doutrina, sua aplicação não lesa o princípio da igualdade de tratamento das partes, consagrado pelo artigo 2º e 139, I, ambos do CPC, pois "[...] o juiz deve exercer o poder instrutório que lhe é dado pelo CPC 370, de forma a garantir a igualdade de tratamento às partes" (NERY JR, 2018, p. 979). Ademais, o princípio da imparcialidade do julgador também resta íntegro, conforme disciplina Humberto Theodoro Júnior. Contudo, ele ressalta que o juiz tem de ter cautela para não se tornar um investigador daquilo que não estiver contextualizado no processo (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 910).

Dentre os doutrinadores acima demonstrados, vê-se, com frequência, a compreensão de que, embora o juiz deva participar da atividade probatória processual ativamente, deve tomar cuidado para não ultrapassar os limites impostos pela imparcialidade. Caso contrário, assumiria o papel das partes que, consequentemente, acomodar-se-iam o bastante a não manifestarem sempre que necessário no processo, pois o juiz tomaria suas rédeas e, fatalmente, poderia ser tendencioso e lesar a igualdade e a imparcialidade que dele se espera.

4.2. Argumentos doutrinários favoráveis

Em consulta aos principais jurisconsultos processualistas civis, interpreta-se que há uma corrente majoritária favorável aos poderes probatórios do juiz. Uma minoria levanta alguns aspectos limitadores a este ativismo. De maneira sucessiva, inicialmente serão expostos alguns dos posicionamentos apoiadores.

Eminentes processualistas, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira entendem que os poderes probatórios do juiz estão em paridade aos das partes:

> Nada obstante ainda se perceba, na doutrina, na jurisprudência e na própria legislação, certa resistência à iniciativa probatória do magistrado, fruto de reminiscência histórica de um tempo em que se tinha uma visão eminentemente privatista do direito processual, pode-se dizer que hoje, com o desenvolvimento de uma visão oposta, que enxerga o processo civil sob um ângulo mais publicista, a tendência é de se conferir ao Estado-juiz os mais amplos poderes instrutórios. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 52).

José Roberto dos Santos Bedaque compartilha do entendimento acima. Ele entende que a atuação do magistrado na produção das provas

necessárias ao deslinde processual efetiva o princípio da cooperação entre os sujeitos processuais previsto no artigo 6º do Código de Processo Civil (BEDAQUE, 2001, p. 161-162), não olvidando que o juiz também está subordinado a esse princípio.

Humberto Theodoro Júnior crê que a atuação conjunta entre as partes e o juiz na produção de provas é algo democrático ao processo. Além disso, ele realça que a fundamentação da decisão que se baseou em tais provas é mais importante que censurar a iniciativa do juiz:

> O compartilhamento das iniciativas probatórias entre as partes e o juiz – regra predominante nos Códigos atuais –, é, sem dúvida, o caminho mais adequado ao processo democrático de nosso tempo. Nesse compartilhamento, com efeito, situa-se o cerne da conformação ideológico-cultural do processo. É de se lamentar, todavia, que a perseguição da inevitável evolução seja, muitas vezes, embaçada por radicalismos, conferindo aos debates doutrinários um tom passional próximo ao paroxismo e ao maniqueísmo. É muito mais relevante a preocupação com a correta avaliação da prova e com a adequada fundamentação da sentença nela assentada, do que a censura à iniciativa probatória do juiz, uma vez que aquela se justifica pela evidente necessidade, que tem o juiz, de conhecer a verdade sobre os fatos alegados pelas partes. A fundamentação da decisão é, realmente, a pedra de toque de um processo que leve a sério o devido processo legal. Não se pode confundir a decisão com escolhas arbitrárias do que se produziu em determinado processo. O esforço de aprimoramento do processo democrático não há de ser feito retirando do juiz os poderes investigatórios, mas impondo-lhe regras de avaliação racional da prova e de critérios lógicos de motivação do convencimento acerca do suporte fático da causa, adotado para resolver o litígio. (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 913).

Sinteticamente, vê-se que o poder-dever do juiz de atuar junto às partes na produção de provas, além de ser uma efetivação do princípio da cooperação previsto no artigo 6º do CPC, é algo que assegura a igualdade de todos os sujeitos processuais. Oferta, a todos os envolvidos, paridade de poderes para proporcionarem a decisão de mérito justa e efetiva regulada no mesmo artigo 6º.

É a consagração de uma democracia processual, todos os sujeitos almejam a melhor solução para o litígio e atuam conjuntamente em prol deste objetivo. Portanto, o fator mais relevante não é o poder instrutório do juiz,

mas sim a fundamentação das decisões motivadas por tais provas pois é o que servirá de parâmetro para averiguação de eventual quebra da neutralidade que é exigida ao magistrado, propiciando segurança jurídica suficiente ao exercício do duplo grau de jurisdição pela parte que se sentir lesada.

4.3. Argumentos doutrinários tangentes ao seu caráter suplementar

Lado outro, como introduzido no subtítulo anterior, há doutrinadores que entendem que o ativismo judicial em análise é subsidiário ao das partes. Elpídio Donizetti é um destes adeptos. Ele explica que, como a jurisdição é caracterizada por ser substitutiva à vontade das partes, acaso o magistrado realizasse atividade probatória em caráter principal quebraria a isonomia necessária:

> Saliente-se que o juiz pode determinar a produção de provas de ofício (art. 370, caput) quando elas forem necessárias à instrução do processo. Vale observar que a atividade probatória do magistrado não pode chegar ao ponto de substituir as partes, de quebrar o princípio da isonomia. A produção de provas por iniciativa do juiz é possível em caráter complementar.
> A jurisdição tem caráter substitutivo, só atuando depois de as partes esgotarem ou não vislumbrarem a possibilidade de autocomposição do litígio. (DONIZETTI, 2019, p. 553)

Maristela Alves possui semelhante compreensão à expressada por Elpídio Donizetti. Ela leciona que, somente após o magistrado verificar que as partes já requereram as provas que entenderam pertinentes, ele deverá fazer jus ao seu papel de condutor do processo, nos termos do artigo 139, *caput*, do CPC. Portanto, é quando poderá determinar a produção das provas, de maneira supletiva, que ainda não foram requeridas pelos litigantes (ALVES, 1999, p. 86).

Compreende-se, então, que há menção a um paradigma de que o ativismo probatório judicial quebraria a igualdade dos sujeitos processuais. Subentende-se que o juiz somente poderia determinar a produção de provas acaso verificasse que a faculdade de requerimento e produção de provas dos litigantes foi insuficiente à prolação da melhor decisão de mérito que dele é esperada. Numa metáfora desportiva, os dissidentes seriam os titulares do direito de produzir provas dentro do processo; o juiz, o reserva.

4.4. Argumentos doutrinários desfavoráveis

Araken de Assis não possui uma visão otimista sobre o ativismo analisado na presente obra. Ele define esta atuação como mera "prescrição acadêmica" e explica que, na realidade, o juiz acomoda-se à economia do serviço e não cumpre integralmente o que determina o artigo 370 do Código de Processo Civil. Este doutrinador complementa que há uma "distância entre a teoria e a prática na vida forense" e conclui desta maneira:

> O juiz brasileiro mostra-se pouco afeito a intervenções de vulto na pesquisa do material de fato. Limita-se a avaliar a prova documental, produzida com a inicial e a contestação, e a admissibilidade dos demais meios propostos pelas partes, abreviando o procedimento, através da técnica do julgamento antecipado (art. 355, I), sempre que honradamente possível. Essa inércia e a ojeriza à prova decorrem de vários fatores. Porém, o dado de fato é indubitável: o contundente arsenal do juiz brasileiro é mais virtual do que real. (ASSIS, 2015, p. 645).

Eduardo José da Fonseca Costa afirma que o juiz, embora não almeje favorecer uma das partes em detrimento da outra, ao determinar a produção de alguma prova age como parte e, consequentemente, favorecerá uma delas. Além disso, ele disserta que a parte prejudicada "[...] nunca terá como demonstrar com qual intenção o juiz agiu" (COSTA, 2015, p. 155). Ainda, segundo o autor: "[...] o juiz toma iniciativa probatória somente quando uma dúvida o acomete" (COSTA, 2015, p. 154). Ele ainda leciona que, quando o juiz atua de ofício na produção de alguma prova, ou ele já sabe que favorecerá a parte autora, ou que favorecerá a parte ré, ou não sabe quem favorecerá, mas sabe que será tendencioso.

Os posicionamentos deste tópico enxergam a iniciativa probatória do juiz como uma utopia surreal. É que, aliado à imensa demanda processual que têm que movimentar, coadunam à ideia de que os juízes acabam se contentando às provas produzidas pelas partes e julgam estritamente de acordo com o resultado obtido e produzido por elas.

Aliás, mencionam ser argumento falacioso dizer que a prova produzida por determinação judicial não tenderá a favorecer uma das partes. Consequentemente, a prova produzida de ofício lesaria princípios constitucionais como os da imparcialidade do julgador e da igualdade.

Diante disso, tendo em vista que a Constituição Federal é a lei maior que está acima de todas as outras brasileiras, acreditam que esta utopia processual não pode se sobrepor a determinações de caráter irrefutável como são os princípios e as normas constitucionais.

Outrossim, vê-se que a imparcialidade do julgador notoriamente é o ponto crucial alegado pela corrente contrária ao poder probatório do juiz. Entretanto, é uma teoria quebrada pela corrente favorável que defende que, em uma ponderação entre a efetivação da imparcialidade do julgador e a necessidade de prolatar a decisão mais justa, a segunda deve prevalecer.

4. CONCLUSÕES

O magistrado, detentor da jurisdição, tem o dever de dizer o direito. A despeito de as partes almejarem a resolução da demanda, elas tendem a prezar por seus interesses próprios em detrimento dos adversos. Somada à uma atuação estática do julgador, o desfecho de um processo estaria fadado à sorte do litigante mais sagaz e forte economicamente. O problema é que nem sempre isso coincidirá com a prolação da decisão mais justa, o que causa insegurança e temor às partes durante o trâmite de uma ação.

Entretanto, o Estado-Juiz também tem interesse na solução do litígio, sobretudo por ser seu dever constitucional atingi-lo e respeitá-lo em prol do interesse público e privado. Posto isso, a atuação de ofício do magistrado, a depender da inércia das partes ou da incapacidade de comprovação devida por elas, será essencial à solução justa da matéria guerreada. Seu ativismo poderá favorecer a busca da verdade e o alcance da justiça, sua inércia poderá premiar a mentira e consagrar a injustiça.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, *Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948,* Disponível em: http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf. Acesso em 18 set 2020.

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos.* 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 10 set 2020.

_. *Código de Ética da Magistratura Nacional.* 18 de setembro de 2008. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Brasília, DF. Acesso em 11 set 2020;

_. *Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 16 set 2020;

_. *Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.* Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 10 set 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil.* 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento.* Tese (Mestrado em Direito Processual Público) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2008.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Algumas Considerações sobre as Iniciativas Judiciais Probatórias.* Revista Brasileira de Direito Processual. Belo Horizonte, ano 23, número 90, páginas 153-173, abril a junho de 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória.* 11 ed. Salvador: Juspodium, 2016.

_. *Curso de direito processual civil.* Salvador: Podium, 2007. v. 2.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GAGNO, Luciano Picoli. *O novo Código de Processo Civil e a inversão, ou distribuição dinâmica do ônus da prova*. Revista de Processo. São Paulo: editora RT, volume 249, ano 15.

GOMES, Jana Paula Sampaio Botelho Alves; FILÓ, Mauro da Cunha Savino; GOMES, Anderson Joubert Alves. *A imparcialidade como marco essencial da prestação jurisdicional penal e a crítica aos poderes instrutórios do juiz.* Revista Athenas. Conselheiro Lafaiete, volume 01, ano V, 2016. Disponível em http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano5_vol1_2016_artigo3.pdf. Acesso em 14 set 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil Teoria do Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MATHOSINHOS, Suzane Rodrigues; FILÓ, Mauro da Cunha Savino. *A iniciativa probatória conferida ao juiz é uma violação ao sistema acusatório.* Revista Athenas. Conselheiro Lafaiete, volume 01, ano IV, janeiro a outubro de 2015. Disponível em http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano4_vol1_2015_artigo3.pdf. Acesso em 14 de março de 2020.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Introdução ao Estudo do Direito Processual Civil.* 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – Volume único*. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ROBERTO, Welton. *Paridade de Armas no Processo Penal.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil.* 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_, Humberto. *Direito Processual Constitucional.* Revista Estação científica. Juiz de Fora, volume 01, número 04, páginas 28-43, outubro a novembro de 2009.

OS QUATRO ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UM BALANÇO SOBRE O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA[1]

SILVA, Larissa Clare Pochmann[2]
BARBOSA, Amanda de Fatima de Oliveira[3]

1 A análise teórica do instituto já havia sido feita em SILVA, Larissa Clare Pochmann. OS TRÊS ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: um balanço sobre o incidente de assunção de competência. REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA, v. 39, 2019, p. 78-86. Porém, para o presente artigo, aos dados foram devidamente atualizados e as reflexões atualizadas.

2 Pós-Doutora em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professora da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e coordenadora do curso de Direito do campus Recreio. Advogada. Rio de Janeiro, Brasil. E- mail: larissacpsilva@gmail.com. Líder do Grupo de Pesquisa Jurisprudência e Precedentes (UNESA).

3 Bacharelanda em Direito pela Universidade Estácio de Sá. E-mail: amandadefatima97@gmail.com. Integrante do Grupo de Pesquisa Jurisprudência e Precedentes (UNESA).

RESUMO

O presente artigo pretende fazer um balanço do incidente de assunção de competência (IAC) admitidos durante o período de março de 2016 e março de 2020, os 4 (quatro) primeiros anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015. Para isso, através da pesquisa bibliográfica e de dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ressalta os objetivos do novel diploma e as origens do instituto, para demonstrar que, mesmo diante da sua relevância de prevenir entendimentos divergentes nos casos repetitivos, sua utilização na prática forense ainda é tímida, tendo os tribunais muitas vezes adotado a prática repressiva, de apenas uniformizar o entendimento quando a divergência já se instaurou, ao invés de preveni-la.

Palavras-chave: Código de Processo Civil de 2015; balanço; incidente de assunção de competência.

1. INTRODUÇÃO

O incidente de assunção de competência, previsto no artigo 947 do Código de Processo Civil de 2015, fixa entendimento vinculante sobre questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. Este instrumento, além de poder compor a divergência, tem como finalidade preveni-la, de forma que não cheguem a se proliferar entendimentos divergentes sobre uma mesma questão de direito no âmbito de um Tribunal.

Trata-se de instituto relevante que pode, portanto, aprimorar a prestação jurisdicional, evitando a insegurança jurídica proporcionada pela denominada "jurisprudência lotérica" ao jurisdicionado, em que pessoas tratando de questões idênticas podem receber respostas jurisdicionais distintas. Considerando que o novo diploma completou 4 (quatro) anos de vigência no dia 18 de março de 2020, o presente artigo, através de uma abordagem dos dados obtidos, tem como objetivo a análise do instituto, especificamente sua previsão de forma comparativa ao diploma anterior, o Código de 1973, e sua utilização. Para isso, inicialmente se expõem os objetivos do Código de Processo Civil de 2015.

Em seguida, serão abordados a previsão do Código de Processo anterior e o delineamento atual do instituto e, após, analisando-se quanti-qualitativamente os dados obtidos de sua instauração desde a entrada em vigor do novel diploma, verifica-se como o mecanismo tem sido utilizado desde março de 2016.

2. METODOLOGIA

A metodologia adotada será bibliográfico-documental, levantando obras sobre o incidente de assunção de competência. Em seguida, será feito o levantamento dos dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça sobre o quantitativo de incidentes de assunção de competência suscitados e decididos desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, analisando-se quanti-qualitativamente os dados obtidos, de forma a se aferir como o mecanismo tem sido utilizado e se tem contribuído, com um caráter preventivo, para a fixação de teses jurídicas nos casos repetitivos.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1. Os objetivos do Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) teve sua origem em setembro de 2009, quando se iniciaram os trabalhos da Comissão de Juristas, instituída no Senado Federal, responsável pela elaboração do anteprojeto.

Na sua exposição de motivos, já se salientavam os cinco objetivos que orientaram precipuamente os trabalhos da Comissão: 1) estabelecimento de sintonia fina com a Constituição; 2) criação de condições para que o juiz possa proferir decisão mais rente à realidade fática da causa; 3) simplificação procedimental; 4) efetivação do rendimento de cada processo; e 5) maior grau de organicidade ao sistema.

O Código foi elaborado para estar em harmonia com a Constituição, com o intuito de dar efetividade às garantias constitucionais. Foi incluída na legislação a expressa referência aos princípios constitucionais, sendo o processo um instrumento de garantias para a tutela do direito material.

O processo foi também tratado em um contexto de produção de resultados, de buscar a satisfação das partes. Destaca José Carlos Barbosa Moreira (2002, p. 181) que:

> [...] não se promove uma sociedade mais justa, ao menos primariamente, por obra do aparelho judicial. É todo o edifício, desde as fundações, que para tanto precisa ser revisto e reformado. Pelo prisma jurídico, a tarefa básica inscreve-se no plano do direito material.

A simplificação do sistema permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa, de modo a se obter o maior rendimento possível de cada processo, individualmente considerado.

O outro objetivo foi o de imprimir organicidade às regras do processo civil brasileiro, dando maior coesão ao sistema, organizando e harmonizando as regras processuais civis no texto do novel diploma.

Cumprindo o seu desiderato, apresentou-se, em junho de 2010, o texto que seria submetido ao Senado, como Projeto de Lei n. 166/2010.

No mesmo ano de 2010, o PLS n. 166 foi aprovado no Senado e seguiu para a Câmara dos Deputados, recebendo, nesta Casa, a identificação de PL n. 8.046/2010, em tramitação conjunta com o PL n. 6.025/2005. Na Câmara dos Deputados, foi aprovado definitivamente 26 de março de 2014. Sensivelmente modificado, após a tramitação nas duas Casas do Congresso Nacional, retorna o texto ao Senado, na forma de Substitutivo

da Câmara, para a apreciação final no Senado Federal. No Senado, o texto-base foi aprovado no dia 16 de dezembro de 2014 e, no dia 17 de dezembro de 2014, foram votados 16 destaques, sendo apenas dois rejeitados, ambos relacionados ao cabimento do recurso de agravo de instrumento: uma hipótese contra decisão que redistribui o ônus da prova e o outro contra decisão que indefere o requerimento de produção de prova pericial.

Remetido o texto para sanção no dia 24 de fevereiro de 2015, no dia 16 de março de 2015, ocorreu a sanção presidencial, com vetos em sete dispositivos. Publicado no dia seguinte, 17 de março de 2015, o novo diploma teve o lapso de 1(um) ano de *vacatio legis*. Ainda durante a sua *vacatio*, foi sancionada a Lei nº 13.256/2016, para que alguns dispositivos já pudessem entrar em vigor com a redação modificada em relação à versão original, tendo a entrada em vigor ocorrido em 18 de março de 2016.

O novo diploma manteve alguns institutos do código anterior, criou outros e aperfeiçoou o sistema. Neste trabalho, após mais de 3 (três) anos da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o foco será o instituto do incidente de assunção de competência, que tinha como instituto mais próximo a uniformização de jurisprudência prevista no Código de Processo Civil de 1973, mas com algumas distinções.

3.2 A assunção de competência no Código de Processo Civil de 1973

A assunção de competência no CPC/73 era considerada como uma ferramenta para possibilitar ao relator da apelação ou do agravo provocar a manifestação de órgão colegiado (cuja competência o regimento interno do tribunal indicar), a fim de prevenir ou eliminar divergências sobre questão relevante de direito. Não obstante a previsão ser do relator, o revisor ou o vogal também poderiam propor o incidente de assunção de competência. As partes, porém, não tinham legitimidade para suscitar a assunção de competência.

Como observam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2011, p. 598- 599):

> Em julgamento de relevante questão de direito, poderá o relator do recurso propor a assunção da competência para julgá-lo por órgão colegiado de maior pluralidade dentro do tribunal (cuja competência para tanto deve constar no regimento interno do tribunal), a fim de que se previna ou dirima controvérsia a respeito da matéria.

Caso fosse acolhida a proposta no órgão originário no colegiado do órgão originário, remetia-se o recurso ao órgão destinatário do feito e, lá reconhecido o interesse público, caberia o julgamento do recurso.

Sintetizando o tema, destacou José Carlos Barbosa Moreira (2003, p.653) que:

> Trata-se de mais um expediente ordenado à uniformização da jurisprudência, que naturalmente se espera seja mais eficiente do que o regulado nos arts. 476 e ss. do CPC. Pode-se até supor que ele venha a ser preferido na prática judicial, subtraindo ao outro instituto parcela de sua importância já diminuta. Uma vantagem prática decerto se manifesta aqui. O órgão a que se remete a matéria não se limita a enunciar a solução da quaestio juris, mas procede ao julgamento que competia ao outro. Com a ressalva que oportunamente se fará, não há a devolução ao órgão de origem: tudo se resolve naquele que recebe o recurso. Evita-se assim o vai-vém, causa de maior demora.

Por outro lado, o CPC/73 previa, ainda, nos artigos 476 a 479, outro instituto: a uniformização de jurisprudência. Esse mecanismo, com natureza de incidente processual, não implicava a cisão da competência (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO, 2016, p. 1345) e tinha a função de diminuir as divergências jurisprudenciais no mesmo tribunal, não se prestando a uniformizações em tribunais distintos.

O instituto da uniformização de jurisprudência era cabível nos julgamentos proferidos por turmas, câmaras ou grupos de câmaras, estendendo-se também para seções dos tribunais, não se admitindo nos casos de competência do tribunal pleno ou do órgão especial. No curso do julgamento, a fim de se obter o pronunciamento prévio do tribunal acerca da correta interpretação da norma jurídica aplicável aos autos, qualquer magistrado que participasse do julgamento poderia suscitá-lo, de ofício. Poderia ser suscitado, ainda, por qualquer das partes ou pelo Ministério Público, através de petição ou por ocasião da sustentação oral.

Nos termos do artigo 476 do CPC/73 seria cabível quando houvesse divergência acerca da matéria objeto de apreciação pelo órgão fracionário (inciso I), ou quando, no julgamento recorrido, a interpretação da norma tiver sido diversa da que lhe haja dado outro órgão fracionário (inciso II).

3.3 A assunção de competência no Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 inaugurou, no Capítulo III, Título I do Livro II, "*Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais*", mais precisamente no artigo 947, o incidente de assunção de competência. O instituto era tratado, no diploma anterior, o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), no 555, § 1º. O novel diploma melhor estruturou o tema da assunção de competência. O incidente é admissível no caso de no caso de recurso, remessa necessária ou causa de competência originária dos tribunais, quando houver questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. Ao aludir a questão de direito com grande repercussão social, isso não significa que a questão de direito com grande repercussão social não possa se repetir em algum processo; quer apenas esclarecer que *a sua caracterização não depende* de repetição em múltiplos processos.

Neste ponto, está um relevante diferencial do instituto para o denominado incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). O incidente de resolução de demandas repetitivas (MENDES, 2014, p. 297-305) pressupõe a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente (*rectius* predominantemente) de direito, material ou processual, e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. A exigência é, portanto, que já haja efetiva repetição de processos, e não mera potencialidade de que os processos se multipliquem (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO, 2016, p.1397). Não se cogita na lei brasileira de um número mínimo de processos repetitivos para se autorizar o uso do incidente, mas isto não significa que um número irrisório de casos permita a sua instauração, enquanto o incidente de assunção de competência pressupõe que não haja a multiplicação.

Descrever o que se trata como relevância social é tarefa árdua, haja vista se tratar de conceito jurídico vago. Destaca Luiz Guilherme Marinoni (2016, p.236) que seria uma "*questão jurídica que tem relevante impacto sobre uma ou mais das várias facetas da vida em sociedade. Porém, não basta que a questão de direito apenas diga respeito à política, à religião, à cultura ou à economia de uma região.*"

Revistando o recurso extraordinário, onde o tema já era aludido, este requisito deve indicar a demonstração que restam ultrapassados os interesses subjetivos na causa (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2007, p.242), uma dimensão de interesse público, como já alude o parágrafo segundo do próprio dispositivo.

O objetivo do instituto continua a ser, portanto, prevenir ou eliminar divergências sobre questão relevante de direito entre câmaras ou turmas do mesmo tribunal, o que acabou explicitado no parágrafo quarto.

Nesse sentido, sintetiza Humberto Theodoro Junior (2017, p.814) que:

> O incidente previsto no art. 947 do NCPC tem como objetivo incitar órgão colegiado maior a assumir o julgamento, em determinadas circunstâncias, de causa que normalmente seria de competência do órgão fracionário menor do mesmo tribunal. Presta-se o expediente à prevenção contra o risco de divergência entre os órgãos internos do tribunal em torno de questões de repercussão social que ultrapassam o interesse individual das partes e, por isso, exigem um tratamento jurisdicional uniforme.

Na prática, essa identificação, porém, tem sido bem falha. No primeiro Incidente de Assunção de Competência, admitido pelo Superior Tribunal de Justiça desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o IAC no REsp (Incidente de Assunção de Competência no Recurso Especial) nº 1.604.412/SC, admitido pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, na Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 13 de fevereiro de 2017, a matéria de direito com relevante interesse social estaria na aplicação de norma cogente, o que, com a devida vênia, representa motivo que se prestaria a justificar qualquer outra decisão.

De acordo com o parágrafo primeiro do novel dispositivo, a legitimidade para suscitar o incidente foi ampliada, não se restringindo mais à literalidade do dispositivo ao relator, como ocorria no CPC/73. O incidente pode ser suscitado pela iniciativa do relator, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Em consonância com o teor do artigo 977, inciso III, do Código de Processo Civil, o Ministério Público será legitimado tanto quando atua como parte como se atuar enquanto fiscal da ordem jurídica e a Defensoria Pública será legitimada tanto se atuar como parte como se atuar enquanto *custos vulnerabilis*.

Sendo reconhecido o interesse público na questão, o órgão colegiado indicado pelo regimento interno de cada tribunal realizará o julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária, como dispõe o parágrafo segundo. Sobre o tema, Cassio Scarpinella Bueno destaca que "*deve haver julgamento do caso concreto, e não, apenas, de fixação ou enunciação de tese relativa à relevante questão de direito*" (BUENO, 2018, p.718).

No mesmo sentido, menciona, ainda, Luiz Guilherme Marinoni (2016, p.237) que:

> A assunção de competência requer não só a discussão individualizada da questão de direito que a justifica, mas a sua decisão, que só pode ser particularizada. Ou seja, todos os membros do colegiado devem votar não apenas para dar ou negar provimento ao recurso, mas também para decidir a questão de direito envolvida no recurso

Nesse diapasão, cumpre, ainda, esclarecer que seria possível a instauração do incidente de assunção de competência nos Juizados Especiais caso, no julgamento do recurso por uma turma composta por três juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado, identifique a presença dos requisitos para a instauração do incidente (ABBOUD; FERNANDES, 2018, p.341).

O parágrafo terceiro dispõe sobre a vinculação de todos os juízes que atuam no tribunal em relação ao julgamento do incidente de assunção de competência, que só deixará de ser observado caso a tese seja superada.

O parágrafo quarto explicita a finalidade do instituto que ganhou relevo no novel diploma, a prevenção ou a composição de divergência, tanto entre tribunais como no mesmo tribunal e o instituto da assunção de competência que foi aqui abordado visa a assegurar a prevenção ou a composição da divergência entre câmaras ou turmas do mesmo tribunal. Casos já julgados podem evidenciar a divergência, mas a existência de outros que devem ser julgados é que demonstra a necessidade de composição da divergência.

Os requisitos para a utilização do instituto são, portanto, os seguintes: a) a existência de recurso, de remessa necessária ou de ação de competência originária do Tribunal pendente no Tribunal; b) a existência de questão de direito, relevante e revestida de repercussão social; c) divergência interna no Tribunal ou a possibilidade de esta divergência existir, não sendo admitida a divergência entre juízes ou tribunais diversos; d) que não se trate de causa repetitiva. O incidente não se enquadra, portanto, nas técnicas de julgamentos dos casos repetitivos que preceitua o artigo 928 do Código de Processo Civil. Ainda que haja pelo menos a possibilidade de decisões conflitantes, o incidente de assunção de competência (IAC) possui nítida função preventiva da dispersão jurisdicional.

O procedimento se desdobra em duas fases. Na primeira fase, cabe ao relator, deliberar, de ofício ou a requerimento, sobre o cabimento e a conveniência da submissão da causa ao julgamento do órgão que

tenha previsão regimental para a uniformização da jurisprudência do tribunal (art. 947, §1º).

Na segunda fase, os autos são remetidos ao órgão a que caberá a decisão sobre a ocorrência ou não do interesse público na assunção de competência proposta (art. 947, §2º). Não sendo reconhecido, o processo retornará ao órgão fracionário originário. Reconhecida, o colegiado *ad quem* julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária, que foi a base do incidente.

O Código de Processo Civil de 2015, no artigo 942, §4º, inciso I, prevê que, ainda que o julgamento da assunção de competência seja por maioria, o resultado será proclamado sem a ampliação do colegiado.

Em virtude do julgamento do incidente de assunção de competência (IAC), tal como disposto no artigo e 927, inciso III, e no artigo 947, §3º, ambos do Código de Processo Civil, haverá consequência em diversos institutos.

Uma das previsões que representam um reflexo do instituto é que, caso seja firmado um entendimento no âmbito da assunção de competência e este entendimento seja de improcedência do pedido, ao ser ajuizada uma demanda sobre o tema, o juiz julgará liminarmente improcedente o pedido, nos termos do artigo 332, inciso III, do Código de Processo Civil, dispensando-se a citação do réu.

Caso a sentença condenatória contrária aos interesses da Fazenda Pública esteja fundada em entendimento firmado em assunção de competência, o artigo 496, §4º, inciso III, prevê que haverá a dispensa da remessa necessária.

O artigo 932, III, c e IV, c, prevê que o julgador poderá decidir monocraticamente o recurso, não pedindo dia para julgamento colegiado, caso já haja entendimento firmado em assunção de competência. Caso o entendimento verse sobre competência, o julgador poderá, ainda, decidir monocraticamente o conflito de competência, conforme disposto no artigo 955, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil.

Se o entendimento firmado em assunção de competência vier a ser inobservado, caberá reclamação para o Tribunal que fixou o entendimento, conforme preceitua o artigo 988, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015. Por sua vez, caso não haja pronunciamento sobre a existência do julgamento proferido no IAC, a decisão será considerada omissa, sendo cabível a oposição de embargos de declaração, nos termos do artigo 1.022, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil.

3.4 Um balanço sobre o incidente de assunção de competência (IAC) nos 4 (quatro) anos de vigência do Código de Processo Civil

Neste momento, serão analisados os dados referentes à utilização do incidente de assunção de competência (IAC), através das informações disponíveis através da consulta ao Banco de Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), durante os 4 (quatro) anos de vigência do Código de Processo Civil, referentes aos incidentes admitidos.

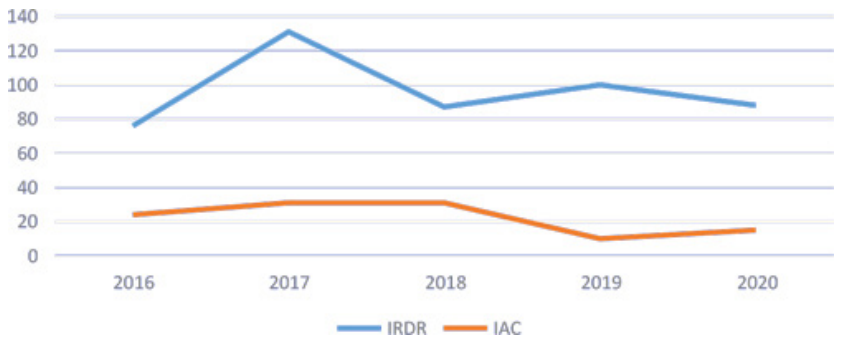
Da análise do Banco de Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é possível constatar que, em 2015, antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil, o instituto havia sido admitido uma única vez. Antes dessa data, sequer há informações oficiais sobre a utilização da assunção de competência.

Por sua vez, a partir do novo diploma, foram admitidos 25 (vinte e cinco) incidentes no ano de 2016, 29 (vinte e nove) em 2017, 31 (trinta e um) em 2018, apenas 10 (dez) em 2019 e 15 (quinze) durante todo o ano de 2020, quando o diploma processual completou 4 (quatro) anos de vigência. Nota-se que, em comparação com o panorama do período anterior à vigência do Código de Processo Civil de 2015, de fato, o instituto de assunção de competência somente começou a ser efetivamente utilizado a partir da vigência do novel diploma.

Todavia, cumpre ressaltar que a utilização do instituto é insuficiente (BENETI, 2009, p. 16). Para isso, basta ressaltar que, se comparado ao instituto já utilizado quando se instaurou o entendimento divergente, é possível perceber que foram 76 (setenta e seis) incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDRs) admitidos em 2016, 130 (cento e trinta) em 2017, 82 (oitenta dois) em 2018, 100 (cem) em 2019 e 88 (oitenta e oito) em 2020.

Os dados podem ser assim sintetizados:

Dados comparativos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e do Incidente de Assunção de Competência (IAC)



Fonte: número de procedimentos admitidos segundo o Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

Os anos analisados já alertam para dois dados relevantes: i) a discrepância dos dados caso comparada a utilização do instituto do incidente de assunção de competência (IAC) com o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) durante a vigência do novel diploma; ii) a acentuada queda do número de incidentes de assunção de competência (IAC) ao longo da vigência do Código de Processo Civil, enquanto apenas aumenta o quantitativo referente ao incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

4. CONCLUSÕES

O Código de Processo Civil completou, no dia 18 de março de 2020, 4 (quatro) anos de vigência. Em relação ao diploma anterior, o novo diploma manteve alguns institutos, criou outros e aperfeiçoou o sistema.

Um dos institutos que teve nítido aprimoramento foi o tema da assunção de competência. Tratado em um capítulo próprio, o instituto pressupõe: a) a existência de recurso, de remessa necessária ou de ação de competência originária do Tribunal pendente no Tribunal; b) a existência de questão de direito, relevante e revestida de repercussão social; c) divergência interna no Tribunal ou a possibilidade de esta divergência existir, não sendo admitida a divergência entre juízes ou tribunais diversos; d) que não se trate de causa repetitiva.

O incidente de assunção é uma técnica para a definição de questões de direito que tem clara relação com a "jurisprudência uniforme". Isso porque o incidente de assunção objetiva alcançar uma única solução para questões de direito.

Não obstante o instituto possa contribuir para o aprimoramento da prestação jurisdicional, evitando decisões conflitantes, dados do Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostram que apenas foram admitidos foram admitidos 25 (vinte e cinco) incidentes no ano de 2016, 29 (vinte e nove) em 2017, 31 (trinta e um) em 2018, apenas 10 (dez) em 2019 e 15 (quinze) durante todo o ano de 2020, quando o diploma processual completou 4 (quatro) anos de vigência. Esse número, além de ser muito baixo, ainda vem observando um declínio ao longo dos anos de vigência do Código de Processo Civil.

O cenário se torna ainda mais alarmante mais se forem considerados os dados referentes a outro instituto, o incidente de resolução de demandas repetitivas, quando já há a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, material ou processual, e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. No mesmo período, foram 76 (setenta e seis) incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDRs) admitidos em 2016, 130 (cento e trinta) em 2017, 82 (oitenta dois) em 2018, 100 (cem) em 2019 e 88 (oitenta e oito) em 2020, que, apesar de reduzir quantitativamente, ainda apresenta, comparativamente, números muito mais significativos.

Nota-se, portanto, que não obstante o legislador tenha aprimorado um instituto que em muito pode contribuir para a uniformidade e coerência da prestação jurisdicional, o Judiciário ainda precisa empregá-lo de forma mais frequente na prática, de forma a potencializar sua finalidade de prevenir que a divergência ocorra, o que proporcionará uma maior segurança jurídica, ao invés de tentar uniformizar o entendimento quando a questão se tornar repetitiva.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; FERNANDES, Ricardo Yamin. Requisitos legais para a instauração do incidente de assunção de competência. *Revista de Processo.* São Paulo: RT, vol. 279, mai. 2018, p. 339-356.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao* Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, vol. 5, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 27, n. 105, jan.-mar. 2002, p. 181-190.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e *fast-track* recursal. *Revista de Processo.* São Paulo: RT, vol. 171, mai. 2009, p. 9-23.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil.* São Paulo: Saraiva, 4.ed., 2018.

LEMOS, Vinícius Silva. *O Incidente de Assunção de Competência.* Da Conceituação à Procedimentalidade. Salvador: Juspodivm, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o Incidente de Assunção de Competência. *Revista de Processo.* São Paulo: RT, vol. 260, 2016, p. 233-256.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 4. ed., 2014.

_; PORTO, J. R. M. Incidente de Assunção de Competência. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2020.

NUNES, Dierle. *O IRDR do Novo CPC:* este "estranho" que merece ser compreendido. Disponível em: <http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo--cpc-este-estranho-que- merece-ser-compreendido/>. Acesso em: 20 mar. 2019.

SILVA, Larissa Clare Pochmann. OS TRÊS ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: um balanço sobre o incidente de assunção de competência. REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA, v. 39, 2019, p. 78-86.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Gen/Forense, 50.ed., 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*: leis n.º 11382/2006, n.º 11417/2006, n.º 11418/2006, n.º 11341/2006, n.º 11419/2006, n.º 11441/2007 e n.º11448/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil.* Artigo por artigo. 2.ed., São Paulo: RT, 2016.

A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL NO COMBATE ÀS QUEIMADAS NO PANTANAL E NO AMAZONAS

OLIVEIRA, Luíza Cristinne de Guimarães[1]
RAPOSO, Mirassol Maria Garcia[2]
CARLI, Ana Alice De[3]

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Mestranda no PPG-BIOS/UFF; luizacgoliveira@gmail.com.

2 Graduanda em Direito na Universidade Federal Fluminense; mirassolgarcia@id.uff.br; Pesquisadora do Grupo de Estudos em Meio Ambiente e Direito – GEMADI/UFF.

3 Doutora em Direito Público; Pesquisadora do Grupo de Estudos em Meio Ambiente e Direito – GEMADI/UFF.

RESUMO

O objetivo do estudo é apresentar a problemática das queimadas no Pantanal e no Amazonas, como esse fato pode ser ligado ao crime de ecocídio e apresentar a Ação Popular como mecanismo de defesa do meio ambiente dos cidadãos brasileiros. Foi abordado o número de queimadas no ano de 2020 e comparado o aumento dos números com anos anteriores. Além disso, foi trazido o Projeto de Lei 2.727/2019 que visa a tipificar o crime de ecocídio e, por fim, como a população pode ser um sujeito ativo de uma ação contra autoridades, pessoas públicas ou privadas, com a finalidade de proteger e restabelecer o patrimônio público. No estudo, foi necessário trazer exemplos nos quais a Ação Popular foi utilizada para resguardar o direito coletivo na esfera ambiental. Demonstrando que esse mecanismo não é empregado apenas diante de casos em que os Réus têm condutas comissivas, mas também quando há omissão por parte desses agravando a situação. Esta pesquisa se justifica por ter a finalidade de pesquisar sobre os aspectos de legislação ambiental na atualidade, expandir o conhecimento do assunto à esfera acadêmica e social. Neste contexto, explorar o mecanismo jurídico permitirá compreender os direitos humanos, principalmente, ligados ao meio ambiente, visto que é uma necessidade básica inerente a todas as pessoas ter um ambiente ecologicamente equilibrado, além de estimular o debate da importância de o Poder Legislativo legislar sobre o tema central.

Palavras-chave: queimadas; meio ambiente; Brasil; mecanismo processual; biomas em risco.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil tem enfrentado ao longo dos anos, agravando-se especialmente em 2020, devastadoras queimadas nas regiões do Pantanal e do Amazonas, levando o país para o holofote mundial de forma nada positiva (Shalders; Alvim, 2020).

A Constituição Federal do Brasil de 1988 estabelece em seu artigo 225 a responsabilidade da sociedade e do Estado para com o meio ambiente natural. Ainda, no mencionado dispositivo constitucional, está previsto, no § 4º, tratamento especial ao Pantanal, caracterizando-o como patrimônio nacional, assegurando desse modo a sua preservação.

A rigor, os problemas ambientais não são recentes em terra *brasilis,* o que motivou o desenvolvimento deste ensaio acadêmico, o qual objetiva trazer uma reflexão ético- jurídico de relevância coletiva, frente aos avanços dessas problemáticas ambientais e as possibilidades de uma inimaginável perda para a biodiversidade da fauna e flora não só do Brasil, mas de todo o ecossistema mundial.

As questões ambientais precisam ser analisadas a partir de uma perspectiva holística e multidisciplinar. Por isso, ao longo da pesquisa, busca-se analisar posicionamentos da literatura do tema de forma a comparar e relacionar com as decisões dos tribunais e posturas governamentais no Brasil.

O estudo em tela pretende também trazer à luz aspectos relevantes do crime de ecocídio e, bem assim, demonstrar a importância da ação popular para defesa da natureza pela sociedade.

2. METODOLOGIA

Sob a perspectiva metodológica serão adotados: 1) quanto ao propósito da pesquisa, o tipo adotado será exploratório; 2) quanto à abordagem, o estudo traz elementos qualitativos e quantitativos; 3) quanto aos procedimentos, os caminhos escolhidos são: revisão bibliográfica, análise de legislação, jurisprudência e estudo de caso.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Para dar início a discussão do assunto proposto, faz-se necessário analisar quais são os dados referentes às queimadas no Pantanal e no Amazonas, de modo a compreender, a partir desse ponto, o que esses dados representam e nos trazem sobre a questão.

1. Dados e problemática atual das queimadas no Pantanal e no Amazonas

O LASA – Laboratório de Aplicações de Satélites Ambientais do Departamento de Meteorologia da UFRJ, que possui atividades voltadas ao ensino e à pesquisa de técnicas de sensoriamento remoto aplicadas ao monitoramento da atmosfera e superfície terrestre, preocupado com as queimadas no Pantanal, desenvolveu o Sistema ALARMES – Alerta de Área queimada com Monitoramento Estimado por Satélite, sendo o pioneiro deste tipo no Brasil. Desse modo, ele fornece formulários sobre os incêndios florestais e as queimadas e notas técnicas sobre a situação do Pantanal no final de 2020. Assim, conforme os dados de área queimada do Sistema ALARMES, no final de novembro de 2021 foi constatado que 30% do bioma foi consumido pelo fogo (SANTOS, 2020).

Além disso, em suas notas técnicas com tabelas, gráficos e estudos, analisa-se as informações compreendidas pelo satélite. É relevante destacar a Nota Técnica do dia 16/03/2021, que apresentou um relatório final a respeito das áreas atingidas pelo fogo no Pantanal em 2020. Dentre as informações presentes no documento, consta-se uma tabela comparativa que traz o cenário de queimadas de 2019 *versus* o cenário de 2020 da região pantaneira, ambas as tabelas com o total de área queimada do ano inteiro, de 01 de janeiro a 31 de dezembro (ALARMES, p. 4, 2021). Desse modo, podemos fazer duas diferentes análises, uma do percentual total do ano e uma do percentual dos meses com as maiores secas: agosto, setembro e outubro. Nos meses de maiores secas em 2019, o Pantanal teve 364, 507 e 394 mil hectares de área queimada nos meses citados, respectivamente. Já em 2020, os números sobem e chegam a 1024, 1460 e 639 mil hectares queimados no mesmo período, também respectivamente. Comparando o referente ao valor total do ano inteiro, os números assustam da mesma forma: em 2019 foram 1621 mil hectares queimados do Pantanal, enquanto em 2020 foram 3903 mil hectares de área total queimada no ano todo, é mais do que o dobro do ano anterior (ALARMES, 2021).

Outras duas tabelas apresentadas no relatório também se fizeram relevantes para o presente trabalho. A primeira delas aborda a área queimada por Terras Indígenas no ano de 2020, sendo importante destacar que nas Terras Indígenas Baía dos Guató, Perigara e Tereza Cristina, o percentual de área queimada é de mais de 80% da área pertencente a esses povos, sendo sem sombras de dúvidas algo que afetou grandemente a vida e dignidade dos indígenas moradores dali, prejudicando e destruindo o lar desses (ALARMES, p. 10, 2021).

A segunda tabela que merece destaque é também em uma análise de área queimada, compreendendo as Unidades de Conservação do Pantanal e o percentual em que essas foram atingidas. De acordo com os dados informados, as Unidades Fazenda Porto Jofre, PARNA do Pantanal Matogrossense, PE Encontro das Águas, RPPN Dorochê, Sesc Pantanal e outros tiveram suas áreas queimadas em mais de 80%, sendo que Fazenda Santa Rosa, Fazenda São Gonçalo e Fazenda Vale do Paraíso foram queimadas em sua totalidade. Isso caracteriza uma grande perda para a vegetação local e para a biodiversidade (ALARMES, pgs.11 e 12, 2021).

É importante também comparar os números apresentados pelo INPE com os registros dos focos detectados por satélites por bioma nos últimos anos, compreendendo o intervalo de 2014 a 2020 referentes à Amazônia e ao Pantanal em um recorte de janeiro a setembro desses anos para uma melhor comparação. Assim, de acordo com as informações apresentadas, no ano de 2014 a Amazônia registrou a marca de 43.444 focos detectados, enquanto no ano de 2020 apresenta 72.005 focos. Já no bioma Pantanal, em 2014 foram registrados 781 focos, enquanto em 2020 a marca é de 16.119 focos. Valendo observar ainda que de 2014 a 2019, o maior registro de focos havia sido em 2019 com 5.690 detectados (INPE, 2020c). Como pode ser examinado, os números tiveram um aumento exorbitante no ano de 2020, principalmente no Bioma Pantanal que, se comparado a 2014, cresceu em mais de 20 vezes no número de focos. Ademais, conforme os dados do Monitoramento dos Focos Ativos por Bioma, analisando a série histórica do total de focos ativos detectados pelo satélite de referência, no período de 1998 até setembro de 2020, nunca foram detectados números superiores aos apresentados neste ano (INPE, 2020b). Diante desses dados tão expressivos, indaga-se quais seriam as razões para a quantidade de focos de incêndio ter aumentado tanto. É sabido que o mês de setembro é o mais seco em grande parte do país, sendo um fator que corrobora com o aumento significativo de queimadas (INPE, 2020a). Mas compreendendo a disparidade nos focos dos outros anos e deste, busca-se entender os fatores de tamanha alteração negativa.

Com isso, vale destacar que o Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM), o qual é uma organização científica, vem se posicionando há anos de maneira a comparar a correlação entre o desmatamento e o aumento no número de focos de calor. Em agosto de 2020, por exemplo, o instituto apontou que o desmatamento na Amazônia havia subido em 35% em um ano e que isso aumentava o risco de fogo (IPAM, 2020c). No mesmo mês foi publicado em seu portal de notícias que o fogo em área recém- desmatada na Amazônia disparou em 2019, chegando à marca de 34% (IPAM, 2020d).

Mas, em junho de 2020 o IPAM já havia se pronunciado e alertado por meio de nota técnica que, pelos cálculos dos cientistas, se o ritmo de desmatamento acelerado continuasse somado ao período seco da região, quase 9 mil km² poderiam ser queimados (IPAM, 2020a). Além disso, os pesquisadores do IPAM indicaram como seria importante tentar controlar as queimadas e o desmatamento como uma forma de proteger a saúde da população, pois, em 2019, os lugares que mais sofreram com as queimadas na Amazônia sofreram também com um ar que ficou 53% mais poluído, comparado com o ano anterior (IPAM, 2020b). No portal do IPAM é possível ver estudos e diversos avisos sobre a situação da Amazônia, houve alertas e estava previsto o que poderia acontecer, não foi algo inesperado para quem estava acompanhando e preocupado com a situação dessa região. Mas, mesmo diante de tantas previsões e alertas, foram poucas ações de controle e não ocorreram tentativas eficazes suficientes para coibir essa situação com antecedência por parte do governo federal.

No tópico seguinte serão abordados elementos importantes dos principais diplomas normativos ambientais e do crime de ecocídio.

2. Legislação Ambiental e Ecocídio

O Novo Código Florestal, Lei nº 12.651 de 2012, responsável por estabelecer as formas de proteção da vegetação nativa, disciplina a respeito dos casos de queimadas. Em seu capítulo IX, intitulado de "Da proibição do uso de fogo e do controle de incêndios" traz algumas proibições e deveres quanto ao tema. Assim, o art. 38 proíbe o uso de fogo na vegetação como regra geral, mas prevê situações de exceção, sendo relevante o destaque do inciso II e o §2º da Lei 12.651/2012:

> Art. 38. É proibido o uso de fogo na vegetação, exceto nas seguintes situações: II - emprego da queima controlada em Unidades de Conservação, em conformidade com o respectivo plano de manejo e mediante prévia aprovação do órgão gestor da Unidade de Conservação, visando ao manejo conservacionista da vegetação nativa, cujas características ecológicas estejam associadas evolutivamente à ocorrência do fogo;
> [...]
> § 2º Excetuam-se da proibição constante no caput as práticas de prevenção e combate aos incêndios e as de agricultura de subsistência exercidas pelas populações tradicionais e indígenas.

Além disso, os seguintes artigos também abordam a problemática, apontando que os órgãos ambientais do SISNAMA, Sistema Nacional do Meio Ambiente, devem elaborar, atualizar e implantar medidas e planos para combater os incêndios florestais, conforme o art. 39 do Código Florestal. Nesse mesmo diapasão, o artigo 40 dispõe sobre o dever do Governo Federal, o qual deve "estabelecer uma Política Nacional de Manejo e Controle de Queimadas, Prevenção e Combate aos Incêndios Florestais", sendo determinado pelo parágrafo 2º deste artigo que a Política adotada observe os "cenários de mudanças climáticas e potenciais aumentos de risco de ocorrência de incêndios florestais".

A Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais) estabelece sanções penais e administrativas para os casos de atividades que lesem o meio ambiente. Em seu artigo 41 dispõe que aquele que provocar incêndio em mata ou floresta está sujeito a pena de reclusão de dois a quatro anos e multa na modalidade dolosa, se for culposo, a pena é de detenção de seis meses a um ano e multa. Somado a isso, o Decreto 6.514/2008 deu nova regulamentação à Lei de Crimes Ambientais, estabelecendo em seu artigo 58 que "fazer uso de fogo em áreas agropastoris sem autorização do órgão competente ou em desacordo com a obtida" receberá multa de mil reais por hectare ou fração, valendo destacar ainda o inciso II do art. 60 do mesmo decreto, o qual dispõe que essa sanção administrativa pode ser aumentada pela metade quando "a vegetação destruída, danificada, utilizada ou explorada contiver espécies ameaçadas de extinção, constantes de lista oficial".

A seu tempo, a Lei nº 6.938/1981 (instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente), e, bem assim, o Decreto-Lei nº 2.848/1941 (Código Penal, recepcionado pela Constituição de 1988 com status de lei ordinária) desempenham essencial função político- normativa punitiva para combater os abusos contra o meio ambiente.

O Código Penal, por exemplo, estabelece sanções penais para os casos de incêndio em seu art. 250, com pena prevista de reclusão de três a seis anos e multa, determinando em seu parágrafo 1º que para os casos de incêndio em lavoura, pastagem, mata ou floresta, há condições de aumento de pena em um terço, conforme alínea h.

Já a Lei nº 6.938/1981 elenca os objetivos à recuperação de áreas degradadas e a proteção de áreas ameaçadas de degradação (art. 2º, VIII e IX, respectivamente), sendo um dos seus instrumentos disposto no art. 9º, IX: "as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental". Além de trazer nos incisos do seu art. 14 as opções de multa,

perdas, restrições e/ou sanções àqueles que não cumprirem as medidas estabelecidas como necessárias à preservação ou correção.

Destaque para o parágrafo 1º, o qual estabelece que independe a existência de culpa para que haja a obrigação de indenizar e reparar os danos, conceito conhecido como "poluidor pagador" e que é necessário e relevante para a problemática em tela, como pode ser visto abaixo (BRASIL, 1981):

> Art 14. [...]
> § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Com efeito, o inciso I, do art. 13, da lei da Política Nacional do Meio Ambiente coloca o Poder Executivo como responsável para promover iniciativas voltadas à tutela do meio ambiente, buscando o desenvolvimento de pesquisas e processos tecnológicos para combater e diminuir a degradação da qualidade ambiental.

Assim, frente a algumas possibilidades para reverter o preocupante cenário ambiental, a Comissão de Meio Ambiente do Senado apresentou o Projeto de Lei nº 2.787 em maio de 2019, o qual altera a Lei nº 9.605 de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), com vistas a tipificar o crime de ecocídio (BRASÍLIA, 2019), ou seja, "quando a pessoa causa desastre ambiental com destruição significativa da flora ou mortandade de animais" (CÂMARA, 2019), estabelecendo pena de reclusão de 4 a 12 anos e multa para o autor. Aliado a isso, a Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê, em seu artigo 225, caput, que é direito de todo indivíduo ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado e é dever do poder público e dos cidadãos defender e preservar (BRASIL, 1988).

Desse modo, podemos afirmar que existem determinações legais referentes à questão, o que falta é a aplicabilidade, prática e eficácia dessas, buscando entender o porquê de não serem colocadas em prática e/ou não terem proporcionado resultados até o presente momento.

3. Ações do Estado para inibir as queimadas

O meio ambiente é um patrimônio natural de valor imensurável, de forma que a sua não conservação ameaça a sobrevivência dos próprios

seres humanos. Como mencionado nos capítulos anteriores, a caça de animais, o excesso de agrotóxicos nas plantações, o desmatamento, as queimadas, as poluições de forma geral, são formas de agressão à natureza, ao qual pode ocasionar a sua degradação, com a perda de biodiversidade e, consequentemente, um ecossistema destruído.

No entanto, para que haja a conservação desse ecossistema e não ocasione em sua perda, há diversas posturas que devem ser adotadas pelos diferentes agentes sociais. Dentre essas atitudes, há adoção, pelo poder público, de políticas públicas para o meio ambiente, o qual conta com projetos, programas e orientações educacionais, direcionados a manter um ambiente sustentável e equilibrado.

Para tanto, a Lei nº 6.938 de 1981 trouxe algumas diretrizes que deveriam ser adotadas para a preservação do meio ambiente. Logo em seu artigo 2º, traz um rol de ações que devem ser promovidas pelos agentes políticos, como por exemplo: "I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo; [...] VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;". Diante desses dois incisos, podemos verificar que o interesse de manter o ecossistema esteve em pauta no Poder Público, no entanto, com a interação cada vez maior e mais frequente entre homem- natureza, não parece que as políticas adotadas atualmente sejam suficientes.

Diante das queimadas recentemente vividas na Amazônia e no Pantanal, e das promoções de políticas públicas as quais os Governos Federais, Estaduais e Municipais devem oferecer, faz-se necessário uma análise de quais programas são voltados ao combate dos incêndios. O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) tem um Centro Especializado para o estudo, prevenção e combate às queimadas, o chamado PrevFogo, o qual é um projeto que é "responsável pela política de prevenção e combate aos incêndios florestais em todo o território nacional, incluindo atividades relacionadas com campanhas educativas, treinamento e capacitação de produtores rurais e brigadistas, monitoramento e pesquisa" (IBAMA, 2019).

O PrevFogo, como dito, é responsável em desenvolver planejamentos para evitar as queimadas e foi elaborado um Programa de Manejo de Fogo para Unidades de Conservação Federais (IBAMA, 2017). Nessa perspectiva, o PrevFogo busca estudar e compreender as causas dos incêndios, além de efetivas ações de combate às queimadas. Durante

a época dos incêndios, em 2020, o projeto necessitou paralisar suas ações em razão da escassez de recursos financeiros, cujo as verbas haviam sido bloqueadas, segundo o ministro do Meio Ambiente Ricardo Salles. No entanto, foi liberado um valor de R$ 16 milhões pelo Governo Federal para que as equipes voltassem aos trabalhos.

O Manejo de Fogo é um programa que combina estudos e pesquisas sobre o fogo como fator ecológico, investigação da origem e causas dos incêndios e elementos de prevenção, supressão ou combate e uso do fogo. Sua escala de abrangência pode ser nacional, regional ou mais reduzida, contemplando apenas uma unidade de conservação, por exemplo (IBAMA, 2017). Segundo a orientação, o desenvolvimento e as mudanças devem ser sempre atuais para contemplar as necessidades dos locais de foco de incêndio e ter uma rápida reação às queimadas para que evite uma grande perda aos solos.

> Para tratar das crises agudas que são os incêndios florestais deve-se desenvolver ações para preparar a região para o combate. Treinar e equipar o pessoal, dotar a unidade de conservação de infra-estrutura e envolver os vizinhos. Monitorar os focos de calor em toda a região do Parque para impedir o uso indevido do fogo, detectar os incêndios, ter pessoal do Ibama, de outras instituições e da sociedade devidamente preparados e equipados, para combater os focos que possam apresentar risco de incêndio para a unidade e para as propriedades da região. (IBAMA, 2017)

Constata-se, no entanto, que apesar de haver programas voltados para evitar as trágicas consequências das queimadas para o meio ambiente, há momentos que são necessários mais que previsões de estudos e análises de risco.

De fato, faz-se mister mais ações concretas, com vistas a tentar restaurar as áreas afetadas pelas queimadas, bem como, buscar medidas de preservação permanente das regiões comumente afetadas por fogos.

É importante que tenham essas políticas públicas, mas também que sejam executadas com sua seriedade, continuidade e eficiência. Ainda, que os agentes públicos envolvidos sejam preparados para atuar. A população também pode colaborar, seja avisando o Poder Público acerca de focos constatados, seja por meio judicial, manejando a Ação Popular (controle social).

Nesse contexto de solidariedade público-privada é possível se pensar em um meio ambiente equilibrado, conforme prescreve a Carta Magna de 1988.

4. Remédio Constitucional: Ação Popular

Embora existam leis, políticas públicas e discursos voltados para a defesa do meio ambiente, percebe-se que em alguns momentos há insuficiência de ações para o combate às queimadas por parte de agentes públicos.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê, em seu artigo 225, caput, que é direito de todo o indivíduo ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado e é dever do poder público e dos cidadãos defender e preservar (BRASIL, 1988).

O mecanismo de defesa do habitat natural que o cidadão tem é o instrumento constitucional chamado de Ação Popular, prevista no art. 5, inciso LXXIII, da CF/88, cuja finalidade basilar, segundo Uadi Lammêgo Bulos (2017), é "resguardar a coisa pública, a coisa do povo". Nesse sentido, a ação é uma condição de participação direta do cidadão na defesa do meio ambiente e será cabível em sua forma repressiva, uma vez que o dano já foi causado e urge a necessidade de reparação (MIRRA, 2018).

O diploma normativo que disciplina a ação em comento é a Lei nº 4.717/ 65, a qual estabelece as regras de direito material e de processamento. Dentre as diretrizes, o artigo 6º da Lei define que a Ação Popular poderá ser proposta contra pessoas públicas ou privadas, autoridades ou funcionários, etc., que se omitem diante da lesão contra o patrimônio público.

No atual momento, percebe-se que há uma omissão das autoridades responsáveis perante a situação, por vezes negando que haja um problema de queimadas na região (ONU, 2020). Dessa forma, pode-se compreender que não há o empenho necessário para o combate do fogo e a proteção da fauna e da flora nacional, eis que assumir o problema e organizar um plano de ação entre as autoridades e os órgãos competentes seria um meio de combater a trágica queimada. Porém, ao negar que haja uma questão em torno do assunto, nega-se, também, o auxílio e os recursos necessários para o zelo do meio ambiente.

A Ação Popular é a autonomia do povo na sua defesa dos direitos humanos, uma vez que o meio ambiente equilibrado é direito fundamental da atual e das futuras gerações, portanto, é um direito básico a todos os indivíduos. Dada à sua importância como um instrumento de controle social para solução eficiente de problemas, à ação em tela deverá ser dada uma decisão, essa poderá ser favorável ou não. Caso haja o deferimento

do pedido, a sentença será condenatória, de forma que penalize os responsáveis pelo ato ou pela omissão na sua conduta, como determina o artigo 11 da Lei da Ação Popular, e "terá eficácia de coisa julgada oponível 'erga omnes'". No entanto, se for indeferida, não gera esse efeito. Dessa forma, permite que qualquer outro cidadão entre com ação novamente a fim de obter uma nova decisão, com disposto no artigo 18 da mesma Lei.

Recentemente foi ajuizada uma ação popular, de autoria de Adriana Valentim de Souza, de processo número 1013502-87.2020.4.01.3600, em face do Presidente da República Jair Bolsonaro, do Ministro do Meio Ambiente Ricardo Salles e da União, em razão do descaso das autoridades com relação às queimadas que estavam ocorrendo em 2020, de modo devastador. Na presente ação, a autora pleiteou:

> Objetiva, expressamente, a determinação judicial para a adoção de medidas urgentes destinadas ao combate às atuais queimadas no Pantanal e demais áreas de preservação ambiental, obrigando-os a: 1) contratar profissionais de combate e prevenção de incêndios; 2) construir instalações destinadas ao tratamento dos animais feridos; 3) fornecer remédios e ajuda às ONG's até que cesse os prejuízos na região. (MATO GROSSO. 1ª Vara Federal Cível e Agrária da SJMT. Processo nº 1013502-87.2020.4.01.3600. Magistrados Raphael Cazelli de Almeida Carvalho, 20/09/2020).

Dessa forma, o juiz Raphael Cazelli de Almeida Carvalho, da 1ª Vara Federal Cível e Agrária da SJMT, fundamentou que, apesar das queimadas serem recorrentes na área e no período descrito, houve um agravamento da situação, e com os discursos feitos pelo então Ministro do Meio Ambiente deram a entender que talvez o governo não estivesse alinhado com as "proteções conferidas pela legislação às questões ambientais". Nesse sentido, o juiz deferiu parcialmente os pedidos da autora, determinou que os réus a comprovação das:

> [...] providências extraordinárias e urgentes do combate aos incêndios atuais e proteção e prevenção ambientais na região do Pantanal brasileiro além das medidas corriqueiras e ordinárias), no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa diária no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), até o limite de R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). (MATO GROSSO. 1ª Vara Federal Cível e Agrária da SJMT. Processo nº 1013502-87.2020.4.01.3600. Magistrados Raphael Cazelli de Almeida Carvalho, 20/09/2020).

A ação em questão continua em andamento no Juízo Federal, aguardando o exame do mérito pelo magistrado.

Do breve estudo da ação popular foi possível inferir que a Ação Popular pode sim ser profícuo instrumento para proteção do meio ambiente por parte da sociedade. Diante das queimadas que assolam o país, e, diante das omissões do Poder Público, verifica-se que este remédio constitucional representa uma forma de o cidadão fazer valer seu controle social e assim proteger a natureza em sua plenitude.

Por meio da Ação Popular surge uma possibilidade de cobrar, pela via judicial, medidas eficazes em defesa do meio ambiente, e, em particular, das florestas em geral, haja vista o elevado número de desastres ambientais no Pantanal e no Amazonas e, bem assim, a falta de agilidade dos órgãos responsáveis.

4. CONCLUSÕES

A pesquisa apresentou a problemática das queimadas no Pantanal e no Amazonas, além disso, trouxe como a legislação brasileira rege sobre o tema em questão e como tal fato gerou o debate para a criação do crime de ecocídio. Foi necessário entender a gravidade da perda dos biomas para que fosse possível apresentar a Ação Popular como mecanismo de defesa do meio ambiente dos cidadãos brasileiros, tornando a população um sujeito ativo de uma ação contra as autoridades, pessoas públicas ou privadas.

Apesar de tantas leis e determinações no sentido de proteger e coibir essas ações, como apresentadas ao longo do texto, o cenário continuou sendo de um aumento incontrolável no número de queimadas em regiões tão ricas e preciosas em vegetação nativa e essenciais para a biodiversidade. Muitas indagações ficaram no ar: por que pouco é feito para mudar de verdade? O que falta? Quem precisa agir? Respostas difíceis de serem encontradas, mas que provocam reflexões importantes. Afinal, o problema ambiental no Brasil é decorrente de quem e/ou de quê? O que mais pode ser feito?

É necessária uma relação mais estreita entre as brigadas de incêndio, os funcionários responsáveis de órgãos ambientais, autoridades governamentais (federais, estaduais e municipais) e a população. A razão é simples: proteger o morador local quando houver iminência de fogo; ter equipes preparadas a agirem no momento certo; e ter a disponibilidade de recursos financeiros para elaboração dos projetos e suas manutenções. Pois é necessário ter uma rede de apoio multidisciplinar e resistente para quando for necessário o uso do fogo ou quando as queimadas forem acidentais.

Todavia, na ausência desses pressupostos, a saída encontrada pela população para a proteção do meio ambiente, está na alternativa jurídica, isto é, a Ação Popular. Mostrou- se um importante mecanismo de defesa no ano de 2020, uma vez que as ações de combate dos agentes públicos não estavam sendo suficientes para a contenção do desastre anunciado. Dessa forma, o ato processual se mostrou fundamental para assegurar os direitos da atual e futura gerações de um ambiente ecologicamente equilibrado.

5. REFERÊNCIAS

ALARMES, Sistema. Área queimada – Pantanal 2020. In LASA-UFRJ. Publicado em 16 de mar. 2021. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/350103205_Nota_Tecnica_012021_LASA-UFRJ_Queimadas_Pantanal_2020>. Acesso em 26/02/2021

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 2787/2019. Projeto de Lei. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2201529>. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 3.981/2015. Projeto de Lei. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1482221>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Centro Nacional de Prevenção e Combate aos Incêndios Florestais (PrevFogo) in IBAMA. Publicado em 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.ib ama.gov.br/prevfogo#sobre-o-prevfogo>. Acesso em 10/02/2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei da Ação Popular, nº 4.717. Ementa: Regula a Ação Pública. 29 de junho de 1965, D.O.U seção 1, p. 6241.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei, nº 6.938. Ementa: Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov. br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 18/03/2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei, nº 9.605. Ementa: Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.h tm>. Acesso em: 18/03/2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei, nº 12.651. Ementa: Novo Código Florestal. 25 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-201 4/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 18/03/2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei, nº 2.848. Ementa: Regula o Código Penal brasileiro. 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov. br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18/03/2021.

BRASIL. Presidência da República. Decreto, nº 6.514. Ementa: Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente. 22 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm>. Acesso em 18/03/2021.

BRASIL. Processo Judicial Eletrônico. Detalhes do Processo. Seção Judiciária de Mato Grosso, distribuída em 29/01/2021. Jurisprudência dos Tribunais Federais. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=5b099d9bdc7e160f9143e426771a567b9907faa182d72634> . Acesso em 16/02/2021.

BRASIL. Programa de Manejo de Fogo. In IBAMA. Data da Publicação em 21 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/incendios-florestais/ser vicos/programas>. Acesso em 12/02/2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. Instrumentos de Tutela das Liberdades, cap. 14. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 816.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara aprova tipificação de crime para punir quem causa desastre ambiental. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/560818-camara-aprova-tipificacao-de-crime-para-punir-quem-causa-desastreambiental/>. Acesso em: 22 set. 2020.

INPE. INFOQUEIMA. Boletim Mensal de Monitoramento. Volume 05, Número 08. São José dos Campos, SP. INPE/CPTEC. Agosto/2020a.

INPE. Instituto Nacional De Pesquisas Espaciais. Monitoramento dos Focos Ativos por Bioma. 2020b. Disponível em: <http://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/portal-static/est atisticas_estados/>. Acesso em: 22 set. 2020.

INPE. Instituto Nacional De Pesquisas Espaciais. Situação Atual. 2020c. Disponível em: http://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/portal-static/situacao-atual. Acesso em: 22 set. 2020.

IPAM. Amazônia em chamas 4: Desmatamento e fogo em tempos de covid-19 na Amazônia. In Notícias, 08 de jun. 2020a. Disponível em: http:ipam.org.br/bibliotecas/amazonia-em- chamas-4- desmatamento-e-fogo-em-tempos-de-covid-19-na- amazonia. Acesso em: 18/03/2021.

IPAM. Área desmatada a ser queimada em 2020 pode superar os 4.5 mil km2. In Notícias, 08 de jun. 2020b. Disponível em: <https://ipam.org.br/area-desmatada-na-amazonia-a- ser-queimada-em-2020-pode-superar-os-45-mil-km2/>. Acesso em 18/03/2021.

IPAM. Desmatamento na Amazônia sobe 35% em um ano; risco de fogo é alto em 2020. In Notícias, 07 de ago. 2020c. Disponível em: <https://ipam.org.br/desmatamento-na- amazonia-cresce-35-em-um-ano-e/>. Acesso em: 18/03/2021.

IPAM. Fogo em área recém-desmatada na Amazônia disparou em 2019. In Notícias, 04 de ago. 2020d. Disponível em: <https://ipam.org.br/fogo-em-area-recem-desmatada-na- amazonia-disparou-em-2019/>. Acesso em: 18/03/2021.

LANZA, Alana. Quais Políticas Públicas podem Melhorar a Preservação do Meio Ambiente? In Ibracam. Publicado em 27/08[20--]. Disponível em: < https://ibracam.co m.br/blog/quais-politicas-publicas-podem-melhorar-a-preservacao-do-meio-ambiente>

MARTINS, Ana Cecília. Principais Leis Ambientais do Brasil. In Ibracam. Publicado em 06/04[20--]. Disponível em: <https://ibracam.com.br/blog/principais--leis-ambientais-do- brasil>. Acesso em 10/02/2021.

MATO GROSSO. 1ª Vara Federal Cível e Agrária da SJMT. Processo nº 1013502-87.2020.4.01.3600. Magistrados Raphael Cazelli de Almeida Carvalho, 20/09/2020. Jurisprudência dos Tribunais Federais. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documento-

SemLoginHTML.seam?ca=48964f30ebdaffa88b94851527cb9526bf18ecdd3aeed9032f753c7c5cf110d0780248d35cc59ad6f7f26d2f8213485f9e084e9def46770&idProcessoDoc=330511 880>. Acesso em 16/03/2021.

Mirra, Álvaro Luiz Valery. O cidadão, a ação popular e a proteção do meio ambiente. In Revista Consultor Jurídico, 03 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com. br/2018-fev-03/ambiente-juridico-cidadao-acao-popular-protecao--meio-ambiente> Acesso em: 22 set. 2020.

SANTOS, Filippe Lemos Maia. Área queimada – Pantanal 2020. In LASA. Publicado em 08 de ago. 2020. Disponível em: <https://lasa.ufrj.br/noticias/area-queimada-pantanal- 2020/>. Acesso em: 26/02/2021.

SEM VERBAS, IBAMA ORDENA RECOLHIMENTO DE BRIGADAS DE INCÊNDIO FLORESTAL. In **Poder360**. Publicado em 22 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/governo/sem-verba-ibama-ordena-recol himento-de-brigadas-de-incendio-florestal/>. Acesso em 21/03/2021.

A CONCRETIZAÇÃO DO SISTEMA DE CONSENSUALIDADE COMO POLÍTICA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: O ESTUDO DA OFERTA DO SERVIÇO DE TRATAMENTO PRÉ- PROCESSUAL *ONLINE* DE CONFLITOS NO PERÍODO DA COVID-19

CAETANO, Matheus dos Santos[1]
IRINEU, Ana Carolina Chagas[2]
KLEVENHUSEN, Renata Braga[3]

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense (PUVR/ICHS). Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (GEMESC/UFF). Membro da Equipe de Estudos e Competição em Arbitragem (EARB/UFF). Membro da Liga Acadêmica de Direito (LADI/UFF).

2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (PUVR/ICHS). Membra do Grupo de Estudo e Pesquisa em Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (GEMESC/UFF). Membra da Equipe de Estudos e Competição em Arbitragem (EARB/UFF). Membra do Grupo de Estudos em Direito, Saúde e Bioética Clínica (DSBC/UFF).

3 Pós-doutora pelo IFCS/UFRJ/Coimbra (2019). Pós-doutora pelo Instituto de Medicina Social da UERJ (2009). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2003). Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1997). Atualmente é professora adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense (PUVR/ICHS). Coordenadora do Grupo de Estudo e Pesquisa em Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (GEMESC/UFF) e do Programa de Extensão MeditaUFF. Mediadora capacitada em Justiça Restaurativa. Mediadora judicial junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo do sistema de consensualidade, representado pela oferta dos serviços de facilitação pré-processual, seja mediação ou conciliação, permeada pelo uso da tecnologia no Poder Judiciário brasileiro. Investiga-se em que medida o sistema judicial brasileiro vem caminhando para a concretização da Justiça como um serviço e não como um lugar, na esteira da proposta de Richard Susskind (2019). Nesse sentido, analisa-se a expansão dos métodos adequados de resolução de conflitos por meio do uso de ferramentas *online* que apontam para um Judiciário digital e consensual e o impacto causado pela Covid-19 nesse processo. Esse fenômeno já vinha sendo observado com a inserção das plataformas privadas que muito têm contribuído para a ampliação do sistema de consensualidade, porém esse não será objeto de investigação neste trabalho. O objetivo é mapear o sistema de consensualidade na via pré-processual no âmbito do sistema de justiça, que pode ou não estar conectado com algum serviço disponibilizado por plataformas privadas. Para tanto, realizou-se um levantamento de quais tribunais, dentre os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, adotaram sistemas pré-processuais de facilitação em seus sítios eletrônicos ou afins.

Palavras-chave: Sistemas pré-processuais. Métodos alternativos de solução de conflitos. *Online Dispute Resolution*. Mediação. Conciliação.

1. INTRODUÇÃO

Com a incidência da pandemia do vírus Sars-COV-2, a sociedade passou a enfrentar inúmeros novos desafios. Dentre as mudanças ocorridas no cenário nacional, cabe destacar o impacto que o contexto de crise gerou na resolução de conflitos. Sob essa égide, demandas que antes eram resolvidas com base na territorialidade da prestação jurisdicional estão impedidas, dada a inexistência de contato presencial e, assim, soluções adequadas a essas demandas emergentes precisaram ser implementadas.

Nesse sentido, foram popularizadas as plataformas *online* que permitem às partes otimizar a análise e resolução dos litígios, por meio de tecnologias diversas, e o aprimoramento da comunicação entre os litigantes. Quando somadas a recursos como videoconferências e aplicativos de mensagens instantâneas, as ODR *(Online Dispute Resolution)* sofisticam e incrementam as formas alternativas de resolução de conflitos (ADRs). Trata-se de uma forma de entender a Justiça não como um local, e sim como um serviço a ser prestado, de acordo com o pensamento de Richard Susskind (2019).

Nessa esteira, o presente artigo pretende questionar se o Sistema de Justiça brasileiro tem aplicado a consensualidade como política pública e apontado para uma justiça digital, na medida em que vem implementando sistemas pré-processuais de solução pacífica de conflitos. Para tanto, deve-se proceder a uma leitura das especificidades dos métodos consensuais e métodos online de resolução de disputas. De igual modo, pretende-se delinear uma redefinição da Justiça como serviço, e não como local. Por derradeiro, busca-se entender quais tribunais se coadunam com essa evolução, construindo ou não sistemas pré-processuais *online* de mediação e conciliação.

2. METODOLOGIA

No que tange a abordagem da pesquisa, esta é qualitativa/quantitativa, pois requer o uso de ferramentas estatísticas e utiliza-se de dados numéricos empíricos e não numéricos para obtenção dos resultados pretendidos. Em relação aos resultados, qualifica-se como pura. Quanto à sua natureza, qualifica-se como descritiva.

Em relação à coleta de informações, o presente estudo tem por base a revisão revistas especializadas, livros, monografias, teses, dissertações, internet, livros, legislações de direito privado, Constituição Federal, artigos científicos, etc. Dessa forma, utilizou-se de levantamento bibliográfico e documental, nacional e internacional.

Em relação aos dados numéricos, valemo-nos dos sítios eletrônicos dos respectivos tribunais, com posterior consolidação e tabulação dos resultados.

3. TUTELA JURÍDICA, SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS E *ONLINE DISPUTE RESOLUTION*: A MIGRAÇÃO DO MEIO ANALÓGICO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA O DIGITAL

No meio social, pode-se dizer que os conflitos variam conforme o momento que a sociedade vive, quanto mais complexas se tornam as relações, maior é o número de litígios que delas decorrem, os quais acabam em demandas judiciais.

Tais demandas, entretanto, deixaram de significar a satisfação do direito de alguém e passaram a ser construídas sob uma perspectiva de confronto e animosidade, tornando a satisfação de um direito uma experiência desagradável independente do resultado obtido (HERNÁNDEZ; ADELARDI, 2007).

Ademais, além do desgaste pessoal, a complexidade, morosidade e o custo do processo quando guiado pelos métodos tradicionais do Judiciário ensejam a falta de confiança dos cidadãos neste para resolver seus conflitos.

Assim, como afirma Rolando Joaquin Ortega Hernández (2008), ao promover acesso facilitado à Justiça, o Estado assumiu a responsabilidade de lidar com grande volume de litígios impossibilitando sua análise eficiente.

Diante desse cenário, consolidou-se o Tribunal Multiportas (*multi-door courthouse*), instituto pelo qual o Estado oferece à sociedade variadas formas de solucionar as controvérsias. Fala-se em métodos adequados de solução de conflitos, pois é possível ofertar a cada litígio o método que mais favorece sua resolução eficiente, com fins de atingir bons resultados em cada caso: por meio do Poder Judiciário, da arbitragem, da negociação, mediação, conciliação, ou até mesmo uma combinação destes (CHOLAKIAN; GONZÁLES, 2001).

Nesse toar, passou-se a constatar que o processo de afastamento da concepção combativa de conflito mediante o incentivo à cultura dos métodos adequados de resolução de litígios pode ser potencializado pela adoção de ferramentas *online* a fim de garantir o acesso à Justiça no período de extraordinariedade vivido.

Somadas a recursos como videoconferências e aplicativos de mensagens instantâneas, as *Online Dispute Resolutions* (*ODR*) complementam e aprimoram as formas alternativas de resolução de conflitos (*ADRs*) e potencializam as práticas do tribunal multiportas (RULE, 2017).

Katsh e Rule (2016), sob essa ótica, tratam a tecnologia nas ODR como uma "*quarta parte*", afirmando que esta é capaz de comunicar-se com as partes conflitantes e o terceiro imparcial (se houver). As tecnologias atuam, pois, de maneira mais decisiva do que com a simples transferência de informação, elas otimizam as chances de resolução do conflito por meio da Internet. Para Maria Albornoz e Nuria González Martín (2012), para uma ADR se tornar um ODR, um conjunto significativo de atos deve ser praticado em ambiente *online*, permanecendo *offline* somente por fortes razões ou quanto conveniente para a solução eficiente do conflito.

Reconhecendo que as ODR são potencial ferramenta de aprimoramento das formas consensuais de solução de conflitos, Colin Rule (2017, sp.) esclarece que

> Com o ODR, temos agora o potencial de oferecer um tribunal multiportas contando não apenas com uma dúzia de portas, mas potencialmente com centenas ou milhares de portas, cada qual fornecendo um processo personalizado a fim de atender às necessidades específicas das partes.

Além disso, a possibilidade de utilização de plataformas que permitem a comunicação não síncrona tende a incentivar a comunicação não-violenta, uma vez que a dessincronização evita a impulsividade (GOODMAN, 2003).

Quanto às vantagens e benefícios das ODR, Joseph W. Goodman (2003) salienta *(i)* a adaptabilidade às possibilidades de conflito, *(ii)* a flexibilidade, criatividade e rapidez, *(iii)* menores custos com deslocamento, *(iv)* a desnecessidade de gastos com advogado, *(v)* a desnecessidade de gastos com teleconferências ou chamadas, *(vi)* a possibilidade de negociação a qualquer tempo, *(vii)* a possibilidade de melhor formulação de mensagens e *(viii)* a substituição de questões jurisdicionais complexas envolvendo direito internacional.

Segundo Richard Michael Victorio (2001), as vantagens do ODR são *(i)* a eliminação dos custos, *(ii)* a rapidez dos procedimentos, *(iii)*, a disponibilidade dos representantes, *(iv)* a especialidade do terceiro escolhido pelas partes, *(v)* a diminuição do belicismo e *(vi)* o provimento de um fórum neutro.

Pioneira nesse contexto, a empresa *eBay* criou, em 1999, uma plataforma de solução amigável e *online* direcionada a vendedores e compradores. Atualmente, seu sistema gerencia 60 milhões de conflitos por ano, com uma taxa de acordos de 90% (SILVEIRO, 2019).

A plataforma *Modria* (assistência modular de implementação de resolução de disputas *online*), desenvolvida por Colin Rule em 2011, é uma espécie de *spin-out* do *eBay*, é uma plataforma capaz de processar um grande volume de disputas, desde conflitos consumeristas até casos complexos de direito familiar e execução fiscal, seja por negociação, mediação ou arbitragem, todos aliados à tecnologia (DAVIES, 2015).

No Brasil, os primeiros movimentos de inserção das ODR também se deram extrajudicialmente. A mais antiga plataforma de negociação online no Brasil é o *Reclame Aqui*, de 2001, onde os consumidores podem registrar suas queixas em um ambiente virtual e as empresas são chamadas a responder essas reclamações.

Permitindo a negociação entre advogados dos consumidores, o *Sem Processo* permite que o procurador envie sua demanda à plataforma, que é repassada à equipe jurídica da empresa envolvida. Semelhante plataforma é o *eConciliar*, que facilita a negociação de questões de processos judiciais já em curso. Nela, um advogado faz lances de quanto pode pagar e outro de quanto quer receber. Quando os lances se equivalem ou um é maior que o do usuário requerente, há o *match*, e as partes assinam um Termo de Acordo Extrajudicial.

O *eConciliador*, por sua vez, é um *software* inteligente de negociação orientado por dados. As empresas interessadas em negociar seus volumes enviam os dados ao sistema. A partir desses dados, cria-se um algoritmo customizado de feitura de acordos. No *Vamos Conciliar*, o requerente identifica o problema, a forma de solução esperada e o valor do caso. A plataforma, então, envia um convite para o e-mail do requerido e o conciliador tenta, então, a solução do conflito.

Em 2014, a Secretaria Nacional do Consumidor (SNC) institui o

> *Consumidor.gov.br*, serviço público voltado para solução de conflitos consumeristas totalmente *online*. Por meio deste, os cidadãos podem registrar sua queixa e obter uma resposta das empresas cadastradas num prazo de 10 (dez) dias. Importante lembrar que o Decreto n° 10.197/2020 estabeleceu o *Consumidor.gov.br* como plataforma oficial da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional para autocomposição nas controvérsias em relações de consumo.

A empresa *Airbnb* também criou seu próprio sistema de solução de conflitos entre seus usuários: a Central de Resoluções. Nela, aquele que tem sua propriedade danificada pode realizar um pedido de pagamento

para o hóspede para cobrir esses danos. As partes podem resolver entre si ou solicitar a intervenção direta do *Airbnb*.

Ainda na esfera privada, a empresa Mercado Livre atingiu um nível de desjudicialização de 98,9% por meio de plataforma de resolução *online* de disputas. Nela, a primeira iniciativa é a "Compra Garantida", caso o consumidor tenha realizado o pagamento no site. Nesse caso, o dinheiro é devolvido, independentemente da responsabilidade do vendedor. Caso o problema não tenha sido resolvido, propõe-se ainda um *chat* entre ambas as partes. Se ainda persistir o problema, introduz-se um funcionário para mediar o conflito (FREITAS, 2019).

Assim, é evidente que há uma tendência de inserção de sistemas autocompositivos em plataformas de serviços, ao mesmo tempo em que se adotam métodos consensuais associados às tecnologias de informação e de comunicação.

4. POR UMA REDEFINIÇÃO DA JURISDIÇÃO: A JUSTIÇA COMO SERVIÇO E NÃO COMO LOCAL

Em se tratando de direito processual, 'jurisdição' remete ao dizer do direito. Assim, em qualquer das esferas – cível, penal ou constitucional – diz-se poder-dever do Estado aplicar o direito nos casos concretos. Nesse sentido, o termo passa a se confundir com a manifestação fática do Estado atribuída ao judiciário (ARAÚJO, 2016).

Com efeito, entendeu-se por muito tempo que a jurisdição se limitava a uma atividade do Estado que, por gozar de *jus imperii*, decidia conflitos de interesse. Sob essa perspectiva, o crescente movimento de acesso à justiça para solução de conflitos de interesse evidencia a necessidade de atualização da jurisdição, visto que o poder de acesso à justiça ofertado a todos deve ser acompanhado por um provimento jurisdicional idôneo a produzir os efeitos práticos a que se preordena.

O monopólio da jurisdição estatal para resolver os conflitos está sendo provado pelo espaço digital, desconectando o acesso à justiça da noção de territorialidade e cria novos atores de prestação jurisdicional (MARINHO, RIBEIRO, 2017).

Nota-se, pois, que o direito de acesso à justiça não deve ser confundido como acesso aos tribunais, mas de acesso aos próprios direitos. O Estado se compromete, pois, a resolver as disputas por meio de diversos sistemas de resolução de conflitos, com o incentivo aos métodos adequados de resolução de conflitos (COSTA E SILVA, 2009).

Dessa forma, dois elementos se extraem de um novo conceito de jurisdição: um a aponta como um serviço a ser prestado, e não uma base física a ser acessada; outro a aponta como um mecanismo de pacificação social, não mais insculpido pelo Estado, pelo que comporta, hoje, novos agentes, incluindo-se as próprias partes em um conflito.

5. OS SISTEMAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA E TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Em decorrência das mudanças ocorridas com o passar do tempo no contexto virtual, restou clara a necessidade de atualização do Sistema de Justiça. Foram evidenciadas as desvantagens econômicas, frutos de grandes deslocamentos, dispêndio de tempo e conflitos de jurisdição em relações virtuais.

As plataformas de ODR se tornaram, pois, mais do que outra forma de realizar os procedimentos judiciais tradicionais. Com o auxílio das tecnologias de informação e comunicação é possível fomentar o acesso à justiça, a eficiência na resolução de disputas, bem como sua qualidade e a satisfação das partes com o desfecho.

Tal necessidade foi potencializada com o cenário de pandemia, onde o isolamento social tornou-se óbice à justiça tradicional, ainda ligada à territorialidade. Desse modo, verifica-se que as ODR vêm ocupando papel fundamental para fornecer efetivo acesso à justiça, visto que, por meio das plataformas de comunicação *online* podem ser realizadas as audiências, bem como sessões de mediação e conciliação.

Não obstante o presente panorama aponte para o cancelamento e adiamento em massa de audiências, as alternativas virtuais de resolução adequada de conflitos apresentam-se como um caminho para contornar a crise e repensar novas formas de prestação jurisdicional (NETTO, FOGAÇA, GARCEL, 2020).

A primeira iniciativa pré-processual virtual de resolução de disputas foi verificada com o Tribunal de Justiça do Sergipe, que dispôs em seu sítio eletrônico os endereços e contatos dos principais órgãos de defesa ao consumidor, bem como links de acesso à métodos autocompositivos *online* e endereços de atendimento do CEJUSC.

A *JusPro* - Justiça Sem Processo foi a primeira câmara privada de conflitos cadastrada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Composta por profissionais do NUPEMEC, a JusPro encampa o contato entre as partes para auxiliá-las a chegar a uma solução que, posteriormente, é homologada pelo Poder Judiciário.

O TJ/SP também saiu na frente ao dispor sobre autocomposição remota, vide o Provimento do Conselho Superior da Magistratura (CSM) n° 2289/2015:

> Artigo 1º - É viável a homologação de **composições celebradas em procedimentos de conciliações e mediações por vias eletrônicas**, por entidades cadastradas perante o Tribunal de Justiça do Estado, observados os dispositivos deste provimento (grifo nosso).

Também merece destaque o "*Solução Direta - Consumidor*", executado em parceria com a Secretaria Nacional do Consumidor e o TJ/RS, no qual os consumidores devem utilizar a plataforma antes de ingressar em juízo.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já havia exarado, igualmente, portaria regulando as câmaras físicas e virtuais ao dispor que "*poderá ser autorizado o do cadastramento de câmaras privadas de conciliação e mediação que funcionem exclusivamente pelo ambiente virtual*" (art. 2°, §4°).

Mais recentemente, nos Juizados Especiais do estado, o Tribunal de Justiça do Paraná autorizou a feitura de sessões virtuais por meio de aplicativos de mensagem instantânea, como o *WhatsApp*, e-mail, *chat*, fórum de conciliação virtual.

O TJ/RJ editou ato normativo autorizando a realização de sessões de mediação por videoconferência nas varas de família da Comarca da Capital. Antes, o TJ/RJ contava com o Projeto de Solução Alternativa de Conflitos, ofertando soluções mais ágeis e acessíveis aos consumidores e disponibilizando um e-mail para facilitar a troca de mensagens entre as partes. O projeto teve adesão por 33 (trinta e três) empresas.

Vale destacar, entretanto, a ausência de legislação uniforme sobre o tema, ou seja, a inexistência de um marco legal no ordenamento jurídico brasileiro capaz de orientar e uniformizar as experiências por meios telemáticos (CORTÉS, 2011). Os únicos ditames existentes são portarias e atos internos dos próprios tribunais, permitindo a realização de atos processuais sob o prisma das ODR.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça instituiu diretrizes estratégicas para garantir maior efetividade na Justiça Brasileira por meio de incentivos aos métodos alternativos de resolução de conflitos e às ferramentas *online* que são capazes de otimizar os procedimentos adotados na Justiça tradicional.

A Lei n° 13.140/2015 (Lei de Mediação), em seu artigo 46, prevê que "*A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo*".

Por sua vez, a Lei n° 13.994/2020 alterou a Lei n° 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) para possibilitar a conciliação não-presencial no bojo dos Juizados Especiais Cíveis mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real:

> §2º É cabível a conciliação não presencial conduzida pelo Juizado mediante o emprego dos **recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real**, devendo o resultado da tentativa de conciliação ser reduzido a escrito com os anexos pertinentes." (NR) (grifos nossos).

Ainda em 2020, a Resolução n° 326/2020 alterou a Resolução n° 125/2010 do CNJ, acrescentando o inciso X ao seu art. 6° para orientar a criação de um Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou a distância para atuação pré-processual de conflitos:

> X – criar **Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou a distância para atuação pré-processual de conflitos** e, havendo adesão formal de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, para atuação em demandas em curso, nos termos do art. 334, § 7º, do Código de Processo Civil de 2015 e do art. 46 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação) (grifo nosso).

Sob a mesma linha de atuação o Conselho Nacional de Justiça vem introduzindo uma transmutação tecnológica por meio da criação de um microssistema de justiça digital. A nova Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro (PDPJ- Br) e diversas outras instruções normativas buscam consagrar a entrada do Poder Judiciário em uma nova fase: a chamada Justiça 4.0 (ROSA, 2018).

Nesse sentido, nota-se que a dinâmica social nascente precisa de uma redefinição de Justiça, com especificações de como o Estado disponibilizará a prestação jurisdicional, que vá além da noção de dar a cada um o que é seu (LÚCIA, 2016).

Para tanto, nos meses de maio e julho de 2020, foi realizado um levantamento de quais tribunais brasileiros adotaram sistemas pré-processuais de facilitação em seus sítios eletrônicos ou afins, a fim de identificar: *a)* a existência ou não de um sistema de atendimento pré-processual

de conflitos; *b)* sua modalidade (*online* ou presencial); *c)* a existência ou não da limitação de assuntos que podem ser resolvidos por meios consensuais pré-processualmente; *d)* a existência de normatização específica dos tribunais sobre o serviço; *e)* a facilidade de localização desses serviços pelas partes nos sítios eletrônicos dos respectivos tribunais; *f)* a existência de dados sobre os serviços prestados e *g)* os métodos disponíveis no sistema pré-processual. O universo da pesquisa se restringiu aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais.

O levantamento permitiu identificar que, dentre os 27 Tribunais de Justiça analisados[4], 67% destes apresentam sistema de atendimento pré-processual, dentre os quais 12 (67%) são atendidos presencialmente, 5 (28%) de forma *online*, 1 (6%) tribunal (TJ-RJ) apresenta ambas as formas de atendimento e 9 tribunais (33%) não apresentam sistema de atendimento pré-processual.

Os demais itens foram analisados considerando o universo de Tribunais de Justiça que apresentavam o serviço de atendimento pré-processual, ou seja, 18 tribunais.

Em 10 tribunais (56%) constam a existência de um rol limitado de assuntos que podem ser resolvidos por meios consensuais na modalidade pré-processual, enquanto em outros 8 (44%) não há esse tipo de limitação expressa.

No que diz respeito à normatização específica do tribunal sobre a temática, 15 tribunais (83%) regulamentaram a matéria – por meio de resoluções, entendimentos ou atos normativos de outra natureza – e 3 tribunais (17%) não o fizeram.

Em relação à facilidade de localização, 9 tribunais (50%) dispõe em seu sítio eletrônico, de forma clara e acessível ao cidadão a opção de agendamento *online* ou, ao menos, como se dá esse procedimento de forma presencial[5]. Os outros 9 tribunais (50%) não têm esse tipo de facilitação.

Quanto à existência de dados sobre os serviços prestados, tem-se que somente 6 tribunais (38%) contabilizam estatísticas de uso do

4 Dados coletados até o dia 10/07/2020

5 Isso porque somente 5 (cinco) tribunais apresentam formas exclusivamente *online* de agendamento pré- processual de autocomposição. Dentre os 12 (doze) demais tribunais que apenas gozam de um sistema pré- processual presencial, há aqueles que conduzem o cidadão, de forma mais facilitada, a esse tipo de atendimento. Esses são os que se inserem no universo de tribunais que, tendo um sistema pré-processual, presencial ou *online*, oferecem de forma acessível tal opção em seu sítio eletrônico.

sistema pré-processual autocompositivo e as disponibilizam em seu sítio eletrônico. Os demais 12 tribunais (67%) não disponibilizam esses dados.

Quanto aos métodos disponíveis no sistema pré-processual dos Tribunais de Justiça, 5 (cinco) utilizam somente a conciliação, dentre os quais 1 destes foi criado em decorrência da pandemia; e 13 (treze) tribunais utilizam a mediação e a conciliação como meios de tratamento pré-processual, tendo 4 (quatro) destes sido criados para suprir a demanda criada pela pandemia.

Já no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, 3 tribunais (60%) dos 5 contam com um sistema de atendimento pré-processual dos conflitos, dentre os quais 2 (TRF-3 e TRF-4) o fazem de maneira presencial e 1 (TRF-2) realiza esse tipo de atendimento presencialmente e na modalidade *online*.

Os demais itens foram analisados considerando o universo de Tribunais Regionais Federais que apresentavam o serviço de atendimento pré-processual, ou seja, 3 tribunais, quer sejam, TRF-2, TRF-3 e TRF-4.

Nos 3 tribunais (100%) há um rol limitado de assuntos que podem ser resolvidos por meios consensuais pré-processualmente.

Quanto à normatização específica, todos os Tribunais Regionais Federais que apresentam o sistema de atendimento pré-processual (3 tribunais) possuem normatização específica sobre o tema.

Em relação à facilidade de localização, 2 tribunais (67%) dispõe em seu sítio eletrônico, de forma clara e acessível ao cidadão a opção de agendamento *online* ou, ao menos, como se dá esse procedimento de forma presencial. No tribunal restante (33%) não tem esse tipo de facilitação.

Quanto à existência de dados sobre os serviços prestados, tem-se que todos os tribunais (100%) contabilizam estatísticas de uso do sistema pré-processual autocompositivo e as disponibilizam em seu sítio eletrônico.

No que diz respeito aos métodos disponíveis para o tratamento pré-processual, os 3 tribunais (100%) valem-se da conciliação para a resolução dos conflitos.

5. CONCLUSÕES

O presente artigo revelou reflexões acerca da natureza específica dos métodos adequados de resolução de conflitos, em especial dos métodos consensuais, bem como das ferramentas *online* no sistema pré-processual de resolução de conflitos.

Ante o exposto, percebe-se que uma das providências mais eficazes para diminuir o volume de demandas no Poder Judiciário é a maior utilização da autocomposição no âmbito pré-processual. Este, por meio

do incentivo à consensualidade, otimiza o acesso à justiça com enfoque na desjudicialização.

Verificou-se, portanto, que está em franco desenvolvimento, no sistema de justiça brasileiro, a concretização não só do sistema de consensualidade como política pública, bem como de um processo de ampliação da prestação do serviço de justiça digital, de forma a caracterizar a prestação da justiça efetivamente como um serviço, como propõe Richard Susskind (2019) e não como um lugar, atrelado à ideia de territorialidade e à presença física.

Assim, percebe-se a maior oferta de serviços de tratamento consensual dos conflitos na via pré-processual, com o aperfeiçoamento e a evolução da relação negocial, uma vez que a transformação na mentalidade individual permite enxergar o acesso à justiça não como o trâmite processual, mas sim como a satisfação de direitos e acesso à justiça em tempos de isolamento social.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2020.

_. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil.* Brasília, DF, em 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 set. 2020.

_. Lei n° 13.140, de 26 de junho de 2015. *Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.* Brasília, DF, em 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 17 set. 2020.

_. Lei 13.994, de 24 de abril de 2020. *Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.* Brasília, DF, em 24 de abril de 2020. Disponível em: https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/835778349/lei-13994-20. Acesso em: 17 set. 2020.

AIRBNB. Disponível em: https://www.airbnb.com.br/resolutions. Acesso em: 17 abr. 2021.

ALBORNOZ, M. M.; MARTÍN, N. G. *Feasibility Analysis of Online Dispute Resolution in Developing Countries*. University of Miami Inter-American Law Review. 44 U., Rev. 39 (2012).

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

ARBIX, D. *Resolução Online de Controvérsias*. São Paulo: Editora Intelecto, 2017.
CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem: Mediação, conciliação, tribunal multiportas***.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CHOLAKIAN, C.; GONZÁLEZ, M. L. *Resolución Alternativa de Conflictos en América, in Sistemas Judiciales* Vol. 2, 2001, pp. 148-170, CEJA e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Disponível em: https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/08/revista2.pdf . Acesso em: 18 ago. 2020.

COSTA e SILVA, P. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DAVIES, A. *Modria – The Operating System for ODR Mediator* – Colin Rule. mediatoracademy.com, 2015. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp- content/uploads/2015/02/colin_rule_modria_os_for_odr.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2020. *E*CONCILIADOR. Disponível em: https://www.econciliador.com.br/. Acesso em: 17. abril. 2021

*E*CONCILIAR. Disponível em: https://www.econciliar.com.br/sistema/about_us.Acesso em: 17 abril. 2021

FREITAS, T. *Como o Mercado Livre atingiu 98,9% de "desjudicialização" na resolução de conflitos.* AB2L, 2019. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/como-o-mercado-livre-atingiu-989-de-desjudicializacao-na-resolucao-de-conflitos/>. Acesso em: 21 mai. 2020.

GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa***.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOODMAN, J. W. *The Pros and Cons of Online Dispute Resolution: An Assessment of Cyber-Mediation Websites.* Duke Law & Technology Review, Durham, v. 2, n. 1, p.0-0. Aug. 2003. Disponível em: http://scholarship.law.duke.edu/dltr/vol2/iss1/2. Acesso em: 23 ago. 2020.

HERNÁNDEZ, C.; ADELARDI, R. *Perspectivas de uso e impacto de las TIC en la Administración de Justicia en América Latina*. Centro de Estudios de Justicia de las Americas (CEJA) e Microsoft, 2007. Disponível em: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3955/Libroblancoe- justicia.pdf. Acesso em: 06 de set. 2020.

KATSH, E.; RULE, C. *What We Know and Need to Know About Online Dispute Resolution.* South Carolina Law Review, vol. 67, p. 329-344, 2016. Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/office_president/katsh_rule_whit epaper.pdf. Acesso em: 05 set. 2020.

LÚCIA, Carmen. Discurso de posse. 2016 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_P ossepresidencial_CarmenLucia.pdf> Acesso em: 15 abri. 2021 MARINHO, M. E. P.; RIBEIRO, G. F. *A reconstrução da jurisdição pelo espaço digital: redes sociais, blockchain e criptomoedas como propulsores de mudança*. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 142-157.

MERCADO LIVRE. Disponível em: https://www.mercadolivre.com.br/compra-garantida. Acesso em: 17. abr. 2021

NETTO, J. L. S.; FOGAÇA, A. R.; GARCEL, A. *MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS E AS NOVAS TECNOLOGIAS EM TEMPOS DE COVID-19: Online Dispute Resolution - ODR*. Revista Relações Internacionais do Mundo Atual e-ISSN nº 2316-2880, Curitiba, 2020.

ORTEGA HERNÁNDEZ, R. J. Resolución Electrónica de Disputas. Perspectiva del Derecho Español. *Color Iuris*, 2008. Disponível em: https://www.coloriuris.net/panel/aceptacion.jsp?hash=556dabbdc0a4be5490d9a785aad815ea.Acesso em: 06 set. 2020

RECLAME AQUI. Disponível em: https://www.reclameaqui.com.br/. Acesso em: 17 abril. 2021.

ROSA, Alexandre Morais. LIMITE PENAL. A inteligência artificial chegou chegando: magistratura 4.0. Conjur. Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2018-jul-13/limite-penal-inteligencia-artificial-chegou-chegando-magistratura-40 >. Acesso em 15. abr. 2021

RULE, C. *Is ODR ADR? A Response to Carrie Menkel-Meadow*. The International Journal of Online Dispute Resolution, Eleven International Publishing, 2017. Disponível em: <http://www.colinrule.com/writing/ijodr.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

SEM PROCESSO. Disponível em: https://www.semprocesso.com.br/. Acesso em: 17 abr. 2021

SILVEIRO, J. P. S. *Sistemas online de resolução de disputas***.** JOTA, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sistemas-online-de-resolucao-de-disputas-22092019>. Acesso em: 19 mai. 2020.

SPALER, M. G.; ROSA, C. *EXPERIÊNCIAS PRIVADAS DE ODR NO BRASIL*. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR, v. 3, p. 234-279, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Portaria Conjunta n° 655/PR/2017. Minas Gerais. Disponível em: http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc06552017.pdf;PORTARIA. Acesso em: 18 set. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Provimento CSM n° 2289/2015. São Paulo. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/Provi- mentoCSM2289_2015.pdf. Acesso em: 18 set. 2020

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE (TJ-SE. sítio eletrônico). Disponível em: http://www.tjse.jus.br/conciliacao/onde-resolver-conflitos. Acesso em: 18 set. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Ato Normativo Conjunto TJ/CGJ n° 08/20. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/. Acesso em: 17 set. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Solução Direta- Consumidor. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site/processos/conciliacao/consumidor.html.

VAMOS CONCILIAR. Disponível em: https://www.vamosconciliar.com/. Acesso em: 17 abr. 2020.

VICTORIO, R. M. *Internet Dispute Resolution (iDR): Bringing ADR into the 21st Century.* Pepperdine Dispute Resolution Law Journal. Vol. 1, Issue 2, Article 8, 2001.

ANÁLISE DA AÇÃO POPULAR (PETIÇÃO 3388 – CASO RAPOSA SERRA DO SOL) A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

GUSMÃO, Ana Gabriela Correia de Souza[1]
NOGUEIRA, Juliana Emanuela Delfino[2]
MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes[3]

1 Graduação em andamento em Direito pela Universidade Federal Fluminense – campus de Volta Redonda. Membro do Grupo de Estudos em Jurisdição, Constituição e Processo da Universidade Federal Fluminense. E-mail: anagusmao@id.uff.br. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2091002673122528.

2 Graduação em andamento em Direito pela Universidade Federal Fluminense – campus de Volta Redonda. Membro do Grupo de Estudos em Jurisdição, Constituição e Processo da Universidade Federal Fluminense. E-mail: juliana_nogueira@id.uff.br. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/7501107308748436

3 Doutor em Direito. Professor Adjunto do Departamento de Direito (VDI) da Universidade Federal Fluminense (UFF) e líder do Grupo de Estudos sobre Jurisdição, Constituição e Processo. E-mail: matheus.vgm@outlook.com. Currículo Lattes disponível em: http://lattes.cnpq.br/5258647698639534.

RESUMO

Considerando o atual cenário de crescentes ataques aos direitos indígenas a despeito das garantias constitucionais dedicadas a esses povos, o presente trabalho possui o objetivo de demonstrar, a partir de uma pesquisa descritiva calcada na revisão bibliográfica e na análise jurisprudencial, que o Supremo Tribunal Federal (STF), através de posturas discricionárias e ativistas, acabou criando empecilhos para o cumprimento dos mandamentos constitucionais sobre o tema. Para tanto, buscar-se-á analisar o julgamento da Ação Popular (Petição 3388 – Caso Raposa Serra do Sol), um dos principais precedentes sobre a questão indigenista no Brasil e também um dos mais polêmicos, pois, na ocasião, o STF foi além do caso concreto e inovou ao criar 19 condicionantes que, em sua maioria, representam uma limitação das disposições constitucionais sobre o direito indígena. A decisão do STF nesse caso somente representa o quanto a prática jurídica brasileira ainda está imersa na teoria neoconstitucionalista que insiste nas velhas posturas do juspositivismo e, em termos de teoria da interpretação, permite a tomada de decisões discricionárias e ativistas que impactam negativamente a autonomia do Direito e representam um risco ao próprio Estado Democrático.

Palavras-chave: ação popular; direito indígena; hermenêutica; discricionariedade.

1. INTRODUÇÃO

Uma breve análise da proteção indigenista contida nas constituições brasileiras revela as consequências de 500 anos de Estado colonial. No decurso da história do constitucionalismo brasileiro, optou-se por considerar as etnias indígenas como categorias transitórias ou em extinção (OLIVEIRA, 2006). Com a promulgação da Constituição de 1988, contudo, esse cenário se altera expressivamente e os índios passam a ter direitos sobre a terra, a língua, a educação e a cultura.

É importante ressaltar também que a Constituição de 1988 inaugura um novo cenário jurídico, que tem (ou deveria ter, a nosso ver) como base a teoria do Constitucionalismo Contemporâneo, responsável por redimensionar a práxis político- jurídica no plano da Teoria do Direito e propor uma reformulação da teoria das fontes, da teoria da norma e da teoria da interpretação, no sentido de que a Constituição seja onipresente no ordenamento jurídico, os princípios tenham força normativa e as decisões judicias discricionárias e ativistas sejam afastadas (STRECK, 2017).

Apesar de tais avanços, os direitos indígenas previstos constitucionalmente, além de não serem efetivados no plano prático, ainda sofrem constantes ataques políticos/jurídicos. Já no âmbito da teoria constitucional, a insistência em ideais neoconstitucionalista(s), sobretudo no âmbito da teoria da interpretação, acaba sendo um dos principais óbices à concretização dos mandamentos constitucionais, uma vez que culmina em decisões jurídicas discricionárias e/ou ativistas que destoam do texto legal (STRECK, 2017).

Um dos principais exemplos desse tipo de decisão e dos efeitos negativos que ela pode trazer no que tange à concretização dos direitos indígenas previstos constitucionalmente é o caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Petição 3388), julgada pelo STF no ano de 2009, objeto de análise do presente trabalho. A decisão proferida nesse julgamento revela a atuação discricionária e extensiva para além dos limites constitucionalmente estabelecidos – traços marcantes do neoconstitucionalismo – provocando condições patológicas, responsáveis pela corrupção do texto da Constituição (STRECK, 2013).

No julgamento em questão, o Supremo criou 19 condicionantes ou salvaguardas institucionais para a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e, assim, acabou exercendo uma atividade legislativa para além da discussão envolvida no caso concreto (DUPRAT, 2013). A situação torna-se ainda mais problemática levando em consideração o

fato de que a maioria das condicionantes estabelecidas acaba limitando os direitos indígenas previstos na Constituição.

Além disso, decisões recentes sobre o tema, como, por exemplo, o ARE 803.462/MS (Caso da Terra Indígena Limão Verde) e o RMS 29.087/DF (Caso da Terra Indígena Guyraroka), demonstram que as condicionantes fixadas no julgamento do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol conseguiram obter um efeito jurisprudencial bastante significativo no âmbito nacional.

A Constituição de 1988, em sua redação original, prevê o princípio democrático da separação de poderes, impondo limitações para a atividade normativa do STF. Contudo, o Supremo, ao traçar parâmetros abstratos de conduta, ultrapassa deliberadamente tais limites, afetando a segurança jurídica e ameaçando a autonomia do Direito. Essa atuação excepcional e/ou discricionária, conforme restará demonstrado, além de apresentar-se como predatória do próprio Direito, acaba afrontando, em última análise, o próprio Estado Democrático.

1.1. O neoconstitucionalismo brasileiro e a consagração do protagonismo judicial

Situar a decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo do julgamento da Ação Popular (Petição 3388 – Caso Raposa Serra do Sol) enquanto parte do contexto democrático inaugurado pela Constituição Federal de 1988 torna-se uma difícil tarefa. Isto porque, no âmbito da aludida decisão, o STF criou 19 condicionantes à demarcação das terras indígenas que, de um lado, limitam um direito disposto constitucionalmente (ou seja, apresentam uma determinação *contra legem*), e de outro, apresentam uma violação da tripartição de poderes através de uma invasão de competência por parte do judiciário, tendo em conta que ele buscou regulamentar as disposições constitucionais, indo além da função que lhe é reservada.

Em um primeiro momento, somente a constatação de que o tribunal criou direito novo através de um ato interpretativo já é, por si só, problemática, tendo em vista que ela torna possível que a decisão dada no caso Raposa Serra do Sol sirva como uma exemplificação ideal da passagem kelseniana, disposta no capítulo VIII, da sua *Teoria Pura do Direito*, no sentido de que "a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica, uma vez que ela cria Direito" (KELSEN, 1998, p.249). Posto isto, faz-se mister instaurar o seguinte questionamento: como é possível, em tempos de constituição democrática, ainda ser comum haver esse tipo de reprodução do paradigma interpretativo do positivismo kelseniano?

O fato é que a aposta no protagonismo judicial demonstra que boa parte dos juristas brasileiros compreenderam mal o sentido de um novo constitucionalismo, tendo se deparado com a Constituição Federal de 1988 repleta de direitos fundamentais e com um amplo catálogo de direitos sociais, mas também, concomitantemente, com a ausência de uma teoria constitucional adequada às demandas desse novo universo jurídico. O resultado disso foi a recepção acrítica da teoria neoconstitucionalista que, além de não compreender a diferença entre o positivismo exegético e o normativista, ainda reproduz diversos esquemas positivistas à luz de um falho "pós-positivismo", ou seja, tem-se uma teoria constitucionalista brasileira "olhando para o novo com os olhos do velho" (STRECK, 2020).

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo empregado no Brasil, apesar de ter sua parcela de importância enquanto um fenômeno que consagra a força normativa da Constituição e defende um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes e que visa a efetivação do regime democrático, acaba por conduzir também a certas ambiguidades teóricas que, como é o caso em análise, possibilitam decisões que ultrapassam e/ou corrompem o texto legal. Isto porque o neoconstitucionalismo brasileiro institucionaliza a aplicação de matrizes teóricas que vão desde o ativismo judicial norte- americano até a "jurisprudência da valoração e suas derivações axiológicas, temperada por elementos provenientes da ponderação alexyana" (STRECK, 2017, p.67).

A teoria neoconstitucionalista, assim, acaba tensionando o constitucionalismo e a democracia na medida em que reserva à jurisdição o papel de incorporar os verdadeiros valores que farão com que determinada decisão seja justa, como se justiça fosse sinônimo de ultrapassar a literalidade da lei. É por isso que diz-se que o neoconstitucionalismo representa uma pequena superação – que se dá apenas no nível teórico-interpretativo – do velho positivismo exegético, tendo em conta que tudo o que ele faz é reproduzir as críticas antiformalistas, tal como também o faziam os teóricos da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e da Jurisprudência dos Valores (STRECK, 2017).

Nesse sentido, o equívoco do neoconstitucionalismo é não compreender que essa nova Constituição deve ser considerada como "extremamente embebedora" da realidade prática, sendo um mecanismo de transformação social que, tendo absorvido os valores da sociedade em que está inserida, deve buscar condicionar a atuação da jurisprudência, da doutrina e dos agentes públicos a tais padrões (GUASTINI, 2003). Indo mais além, no plano interpretativo, esse neoconstitucionalismo

também peca ao não acompanhar o segundo giro filosófico ontológico-linguístico, no sentido de superação do esquema sujeito-objeto e de todo e qualquer dualismo metafísico, tendo em conta que interpretar não deve ser um "colocar entre parênteses" ou uma simples objetificação, mas sim, um ato a ser dado de maneira intersubjetiva, que depende de uma pré-compreensão do intérprete como condição de possibilidade para o alcance de uma resposta constitucionalmente adequada, em respeito aos direitos fundamentais (STRECK, 2017). A partir disso, considerando a necessidade de uma teoria constitucionalista que, de fato, represente uma superação de todas as formas de positivismo jurídico e do paradigma filosófico eternizado por este, Streck cunha o termo Constitucionalismo Contemporâneo, no sentido de uma teoria que

> representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria na norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e ativismos) (STRECK, 2017, p.68-69).

Assim sendo, sob o panorama desse Constitucionalismo Contemporâneo não há que se falar em "ativismos necessários" conforme o fez o STF no intuito de justificar as condicionantes estabelecidas no julgamento da Ação Popular (Petição 3388 – caso Raposa Serra do Sol). À luz de tal teoria, decisões como essa deveriam ser nulas de pleno direito, de maneira a evitar, inclusive, a emissão de outras decisões desse jaez, como é o caso das decisões dadas no bojo do ARE 803.462/MS (Caso da Terra Indígena Limão Verde) e do RMS 29.087/DF (Caso da Terra Indígena Guyraroka).

1.2. O julgamento da Ação Popular (Petição 3388 – Caso Raposa Serra do Sol) como um exemplo de discricionariedade/decisionismo

A indeterminabilidade do direito tem sido alvo de inúmeras discussões. A partir dos estudos da teoria jurídica é possível analisar os problemas advindos da discricionariedade judicial, sobretudo aqueles decorrentes de incompatibilidades constitucionais (STRECK, 2019). Ao analisar a decisão proferida no âmbito da demarcação da Terra Indígena

Raposa Serra do Sol observa-se uma incongruência com a Democracia, mormente quanto à repartição de poderes.

No âmbito da Petição 3388, o julgamento da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol revela traços típicos da discricionariedade moderna. Na contramão da Constituição Federal de 1988, a decisão estabeleceu as chamadas "salvaguardas constitucionais", que contrariando o modelo constitucional de processo, fixou condicionantes à utilização da TI pelos 227 povos tradicionais da região, além de fixar, mesmo que *in casu*, a tese de que os povos indígenas só teriam direito à demarcação das terras que estivessem comprovadamente sob sua posse na data da promulgação da Constituição, 5 de outubro de 1988.

A complexidade do caso tornou necessário um julgamento longo, o qual fora iniciado em agosto de 2008, mas retomado somente em dezembro, com o voto do ministro Menezes Direito. Na ocasião, o voto apresentado contou com 19 condicionantes à demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, realizada pelo Poder Executivo no cumprimento do art. 231 da Constituição.

Analisando as referidas condicionantes ou salvaguardas, observa-se duas situações altamente problemáticas: i) a presença de comandos contrários à Constituição Federal, à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e à regulamentação infralegal; e ii) inovação legislativa e criação de enunciados normativos, conforme a seguir.

É possível verificar que algumas delas se limitam a reproduzir disposições constitucionais, ao passo que outras acabam limitando os direitos indígenas previstos na Constituição ou em legislação infraconstitucional, sendo inconstitucionais por inovarem ou serem contrárias ao ordenamento jurídico.

Como já mencionado, algumas condicionantes apenas retratam o texto constitucional. A condicionante 1, por exemplo, reproduz o estabelecido no parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição, ao passo que as condicionantes 2 e 3 reproduzem o parágrafo 3º do mesmo dispositivo, mas deixam de informar a respeito do direito de consulta prévia garantido tanto pela Carta Magna, quanto pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

As salvaguardas 14, 16, 18 reproduzem as previsões do parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição, do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973) e do parágrafo 4º do artigo 231 da Constituição, respectivamente.

Além da reprodução de disposições normativas, as condicionantes estabelecidas no julgamento da petição 3388 foram responsáveis pela limitação

dos direitos sociais, impondo restrições não previstas constitucionalmente, evidenciando o caráter discricionário e ativista da decisão proferida.

Importante se faz destacar que a condicionante 4 revela uma situação peculiar, capaz de gerar novas interpretações. A condicionante prevê o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação. Contudo, o artigo 44 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973) autoriza o garimpo desde que empreendido pelos nativos.

A condicionante 17 merece atenção, uma vez que há a expressa vedação a ampliação do território indígena. Contudo, há de se ressalvar que a relação estabelecida entre os povos nativos com seu território ultrapassa as questões da propriedade. Assim, a utilização do termo "ampliação" configura uma impropriedade jurídica (YAMADA, 2010). Isso porque o território indígena compreende as terras tradicionalmente ocupadas por eles, as habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (Art. 231, § 1º), logo não há que se falar em ampliação ou diminuição, sendo necessário durante o processo de demarcação a revisão e adequação da área, conforme o estabelecido constitucionalmente.

A condicionante 5, por sua vez, representa bem o caráter inovador e discricionário da decisão. Essa salvaguarda inova o ordenamento ao não distinguir a construção de estradas e hidrelétricas dos objetivos militares e ao negar o direito de consulta prévia aos povos indígenas, contrariando a Convenção 169 da OIT e a própria Constituição Federal.

Além disso, constata-se uma abertura interpretativa nas condicionantes 07, 12 e 13, sobretudo quanto ao turismo praticado pelos índios e à possibilidade de as terras indígenas serem cortadas por estradas, linhas de transmissão de energia, oleodutos e gasodutos, sem que haja qualquer compensação financeira ou territorial àqueles que habitam a região (YAMADA, 2010).

Tratando-se de usurpação de competências, a condicionante 19 é mais um exemplo da atuação positiva do STF. Esta representa a criação de direito, visto que a regulamentação da demarcação das terras indígenas, dada pelo decreto 1.775/1996, limita a um período específico a possibilidade de participação no processo de representantes

das unidades da federação, de modo que a entrada de mais atores nos procedimentos prejudicaria a demarcação.

Quanto às condicionantes 8, 9, 10 e 11, que têm como objeto a sobreposição entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação, há a previsão de que o órgão responsável pelas UC's teria prioridade na administração da área. Contudo, tal interpretação mostra-se equivocada, na medida em que a Lei 9.985/2000 prevê a criação de grupos de trabalho interinstitucionais, ou seja, prevê uma gestão compartilhada. No mesmo sentido é o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas (Decreto 5.785/06), afastando a ideia de submissão prevista na condicionante (YAMADA, 2010).

Além disso, o julgamento da Petição 3388 buscou sedimentar a controversa tese do marco temporal, na qual não seria reconhecido o direito dos índios sobre as terras que não estivessem comprovadamente sob sua posse na data da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Quanto à tese, o acórdão o enuncia da seguinte forma:

> 11.1 O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1998) como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine: ou seja, para o reconhecimento aos índios do direito originários sobre as terras que ocupam (BRASIL, 2009).

A constituição busca proteger efetivamente os direitos e interesses dos povos indígenas, reconhecendo seus direitos fundamentais, mormente quanto à propriedade, razão pela qual não seria razoável interpretar a Constituição como se houvesse uma expressa limitação temporal ao direito originário de propriedade dos povos indígenas.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2011) é preciso ao afirmar que os direitos indígenas se assentam no Indigenato e não no direito de propriedade civilista, de modo que o reconhecimento do direito às terras independe de demarcação, por força do art. 231, § 2º.

A fixação da data de promulgação da Constituição Federal de 1988 como limite para reivindicar a demarcação, bem como tê-la validada pelo ordenamento jurídico pátrio mostra-se inconstitucional. Isso porque a Carta Magna prevê que "as terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis", e que "são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo" (art. 231, §§ 4º e 6º). Assim, a tese do marco temporal encontra óbices na própria Constituição Federal, uma vez que os direitos indígenas são imprescritíveis, não se esgota com o tempo.

A partir dos apontamentos, é possível concluir que o caso da demarcação da Terra indígena Raposa Serra do Sol representou uma tentativa de o STF suprimir a atuação do Executivo e trazer para si as atribuições do poder Legislativo, evidenciando uma insegurança jurídica decorrente da atuação positiva e discricionária para além dos limites constitucionalmente estabelecidos.

O julgamento da Ação Popular (Petição 3388 – Caso Raposa Serra do Sol) expressa uma debilidade na aplicação do direito, que, atualmente, se encontra calcada em incongruências e retrocessos, que poderiam ser facilmente superadas a partir da efetiva aplicação da Constituição – tendo repercussão em todas as esferas de poder e atingindo sobretudo o princípio constitucional da separação de poderes (STRECK, 2018).

Extrai-se da presente análise, portanto, que na aplicação do direito deve-se primar pela segurança jurídica e pela previsibilidade. Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito não admite que o judiciário aja na exceção, de modo que o exercício do poder deve, necessariamente, ser constitucionalmente limitado (STRECK, 2018).

1.3. Uma amostra dos efeitos negativos da decisão: o caso do ARE 803.462/MS e do RMS 29.087/DF

Um dos pontos mais gravosos do julgamento da Ação Popular (Petição 3388 – Caso Raposa Serra Sol) é que ele gerou e continua gerando efeitos para além do caso concreto, mesmo que a decisão não tenha sido dada em sede de repercussão geral. Nesse sentido, algumas condicionantes criadas pelo Supremo à época são aplicadas pelo tribunal como se tivessem efeito "*erga omnes*", de maneira que uma delas foi, inclusive, aplicada em outros dois julgamentos mais recentes da Corte.

A tese do marco temporal para demarcação de terras indígenas ainda foi aplicada no julgamento do ARE 803.462/MS (Caso da Terra Indígena Limão Verde), julgado pelo STF em 2014, no qual se discutia a demarcação de terra indígena situada no Município de Aquidauana, no Estado do Mato Grosso do Sul (Fazenda Santa Bárbara). No bojo do julgamento, a demarcação da terra indígena foi negada pelo tribunal, tendo em vista a inobservância do marco temporal de 05 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição) e a ausência de esbulho enquanto uma "situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual" (BRASIL, 2014a).

O outro julgamento no qual o STF aplicou a tese do marco temporal foi o do RMS 29.087/DF (Caso da Terra Indígena Guyraroka),

também julgado pelo tribunal em 2014 e pretendendo a declaração de nulidade do processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Guyraroka, situada no Estado do Mato Grosso do Sul e pertencente à etnia Guarani Kaiowá. O principal argumento para a decisão foi o de que "a data da promulgação da Constituição Federal de 1988 é um referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena" (BRASIL, 2014b).

Além disso, as "salvaguardas institucionais" estabelecidas pelo Supremo no bojo do julgamento da Ação Popular (Petição 3388 – Caso Raposa Serra do Sol) ainda foram utilizadas arbitrariamente pelo Poder Público, sendo consubstanciadas pelo Parecer nº 001/2017, da Advocacia Geral da União (BRASIL, 2017).

A partir dessa medida, tendo em vista a aplicação de tais condicionantes limitadoras do direito indígena à terra por parte da Administração Pública Federal, entidades indígenas de todo o país passaram a pressionar o STF para julgar a inconstitucionalidade do marco temporal para demarcação de terras indígenas. Nesse sentido, o tribunal suspendeu os efeitos do Parecer nº 001/2017 e, em 2019, reconheceu a repercussão geral no RE 1.017.365/SC, visando discutir sobre a aplicação ou não do marco temporal no bojo de uma reintegração de posse movida pelo povo Xokleng e, consequentemente, sobre a constitucionalidade da tese.

Com a declaração da repercussão geral no RE 1.017.365/SC, todos os processos sobre demarcação de terras indígenas foram suspensos até o seu julgamento. No entanto, com o advento da pandemia da covid-19 no Brasil e os constantes adiamentos do julgamento, as ações demarcatórias de terras indígenas paralisadas na justiça geram um cenário de insegurança jurídica e de constante ameaça para os indígenas que habitam tais territórios. A situação fica ainda pior quando se leva em conta medidas como a Instrução Normativa nº 09/2020 da FUNAI, emitida durante a pandemia e que possibilitou a entrada de grileiros em terras indígenas não demarcadas (INA, 2020).

Até aqui, é possível perceber a enorme abrangência dos efeitos negativos decorrentes do julgamento da Ação Popular (Petição 3388 – Caso Raposa Serra do Sol).

Mesmo após 13 anos da decisão que fixou as condicionantes que limitam os direitos indígenas dispostos constitucionalmente e diante da ausência de regulamentação por parte do legislativo a respeito da matéria, o judiciário e o executivo continuam a aplicar tais medidas judiciais *contra legem* como se normas fossem.

2. METODOLOGIA

Para o desenvolvimento do presente trabalho foi utilizada uma abordagem teórica qualitativa fundada na pesquisa descritiva com procedimento metodológico de revisão de bibliografia e análise jurisprudencial. Com efeito, as fontes de pesquisa caracterizam-se por serem de ordem primária e secundária, quais sejam: livros, artigos, dissertações e julgados nacionais a partir do julgamento da PET 3.388/RR, tais como o ARE 803.462/MS e o RMS 29.087/DF.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

A análise sobre a Ação Popular (Petição 3388 – Caso Raposa Serra do Sol), bem como sobre a bibliografia disponível sobre o tema, resulta na constatação de que o Supremo Tribunal Federal criou direito novo quando estabeleceu 19 condicionantes/salvaguardas institucionais para a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, extrapolando, assim, os limites de sua competência normativa prevista constitucionalmente (DUPRAT, 2013).

No caso em questão, o Supremo não se contentou em analisar o mérito da ação que questionava a validade do procedimento administrativo para demarcação da terra indígena, e decidiu ir além, criando critérios legais para realização de demarcações de terras indígenas no território nacional, sobrepondo os pedidos constantes da ação e ultrapassando a sua competência constitucional, que não admite em nenhuma hipótese a prerrogativa de criação de direito novo por parte do poder judiciário.

Essa criação de direito novo refere-se a um ato de inovação que, conforme será usado, consiste em introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente extrair da lei regulamentada – em outros termos, diz-se que aquele específico direito, dever, obrigação ou limitação incidentes sobre algo ou alguém não estavam instituídos ou previstos na norma (MELO, 2003).

O ato de inovar é um exemplo claro de postura discricionária/ativista que coloca em risco a autonomia do Direito e o próprio Estado Democrático, evidenciando, assim, o fato de que a teoria jurídica brasileira ainda não superou o positivismo jurídico (de cariz normativista, mas, não raro também o exegético), impregnado na teoria neoconstitucionalista que ganhou espaço reivindicando um novo paradigma, mas que culmina na multiplicação dos mesmos velhos problemas de interpretação jurídica (STRECK, 2014).

Além disso, o que se visa discutir a partir de tal constatação são os efeitos negativos causados pela decisão do caso Raposa Serra do Sol, marcada por uma postura atípica do STF. Isso porque a maioria das condicionantes estabelecidas acabam limitando os direitos indígenas previstos na Carta Magna e, não obstante isto, ainda foram utilizadas em decisões judiciais posteriores sobre esse mesmo tema, como é o caso do ARE 803.462/MS e do RMS 29.087/DF.

Insta ressaltar que a análise proposta leva em consideração a CHD para o alcance dos resultados mencionados, de maneira que foram utilizados como principais pressupostos teóricos autores inseridos no âmbito da teoria do Constitucionalismo Contemporâneo, que tem como principal expoente o autor Lenio Luiz Streck (2017). Além disso, também foram utilizados como pressupostos teóricos juristas que já realizaram análises sobre a referida decisão, como, por exemplo, Deborah Duprat (2013) e José Afonso da Silva (2016).

4. CONCLUSÃO

No contexto brasileiro, ao longo dos anos, vem se observando a potencialização e o fortalecimento do Poder Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela salvaguarda da Constituição. Diante desse cenário, o ativismo judicial ganha destaque, abrindo caminho para debates acerca dos limites da atuação do STF.

A partir do estudo de caso proposto no presente trabalho, é possível concluir que a função jurisdicional – que, em regra, não deveria se estender para além da declaração de nulidade – extrapolou ostensivamente os limites constitucionais no âmbito da Petição 3388. Tal postura do Supremo é problemática e deve sofrer certo constrangimento epistemológico, pois, além de ter causado efeitos negativos sob o viés da questão indigenista no Brasil, afeta a autonomia do direito e afronta o próprio Estado Democrático de Direito.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Parecer nº 001/2017*. Brasília: Presidência da República, 20 jul. 2017. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19185923/do1-2017-07-20-parecer-n-gmf- 05--19185807>. Acesso em: abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Pet. nº 3.388/RR.* Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário nº 803462/MS.* Agravante: Tales Oscar Castelo Branco. Relator: Ministro Teori Zavascki, em 09 de dezembro de 2014a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>. Acesso em: abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno) *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29087/DF.* Recorrente: Avelino Antonio Donatti. Relator: Ministro Gilmar Mendes, em 14 de outubro de 2014b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>. Acesso em: abr.2021.

DUPRAT, Deborah. *O marco temporal de 5 de outubro de 1988 – TI Limão Verde*. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, 2015. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e- publicacoes/artigos/docs_artigos/marco-temporal-1.pdf>. Acesso em: ago. 2020.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. In *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

INA – INDIGENISTAS ASSOCIADOS. *Nota Técnica: a Instrução Normativa da Funai nº 09/2020 e a gestão de interesses em torno da posse de terras públicas.* Brasília: 2020.

JULGAMENTO sobre marco temporal para demarcação de terra indígena é paralisado. *Revista Consultor Jurídico.* Publicado em 31 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-31/julgamento-marco-temporal-demarcacao-terra- indigena-paralisado>. Acesso em: abr. 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva. *Diálogos sino-luso-brasileiros sobre jurisdição constitucional e a crítica hermenêutica do direito de Lenio Luiz Streck.* Salvador: Juspodivm, 2018.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PACHECO DE OLIVEIRA, João. *Ensaios em Antropologia Histórica*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Parecer sobre o Marco Temporal de 1988.* 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose--afonso-da-silva- parecer-maio-2016-1.pdf>. Acesso em: ago. 2020

SOUZA, Pablo Ronaldo Gadea de. *Terra como elemento nevrálgico da identidade indígena: a violação dos direitos coletivos territoriais dos povos indígenas e seu tratamento no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.* Disponível em: <https://bityli.com/lRfVb>. Acesso em: ago.2020

STRECK, Lenio Luiz. *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos.* 2.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise.* 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

__. *O que é isto – o constitucionalismo contemporâneo.* Revista do Cejur/TJSC: Prestação Jurisdicional, v.1, n.02, p. 27-41, out. 2014.

_. *O constitucionalismo no Brasil e a necessidade de insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo.* Cejur/TJSC: Prestação Jurisdicional, v.1, n.01, p. 11-28, out. 2013.

_. O (Pós-)Positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpter e Hermes) – dois decálogos necessários. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória*, n.7, p. 15-45, jan./jun. 2010.

_. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

__. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF.* Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.* 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

__. As várias faces da discricionariedade judicial no Direito Civil brasileiro: o "reaparecimento" do Movimento do Direito Livre em Terrae Brasilis. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, Minas Gerais, v.8, p. 01-08, jul./set. 2016.

STF. *STF impõe 19 condições para demarcação de terras indígenas*. Publicado em 19 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036>. Acesso em: 30. mar. 2020.

YAMADA, Erika Magami. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: Todo dia era dia de índio. *Revista Direito GV*, São Paulo. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/julgamento-terra-indigena-raposa--serra- sol-todo-dia-era-dia-de-indio>. Acesso em: abril. 2021.

A RELAÇÃO DOS SOFTWARES ANAYLTICS E JURIMETRIA COM A PRÁTICA DA ADVOCACIA NO PAÍS

SEIXAS, Marcus Wagner de[1]
BAPTISTA, Rodrigo Chaves[2]

1 Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela PPGSD / UFF; curso de extensão em 'Media Law' pela University of Oxford. Coordenador do Curso de Graduação em Direito UFF e da TV Universitária - TVR, ambos do campus Aterrado, em Volta Redonda/RJ. marcus_seixas@id.uff.br. Líder do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Comunicação e Mídia – DHCM.

2 Graduando em Direito pela UFF campus Aterrado Volta Redonda. rbaptista@id.uff.br. Pesquisador no Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Comunicação e Mídia – DHCM.

RESUMO

Segundo a AB2L, as lawtechs podem ser categorizadas de diversas formas, entre elas, "Analytics e Jurimetria" - plataformas de análise e compilação de dados e Jurimetria. A pesquisa teve como propósito analisar de que maneira os serviços oferecidos pelos softwares dessa categoria podem impactar o exercício da advocacia no Brasil, sobretudo no trâmite dos processos cíveis. Para obter a resposta do questionamento foi necessário entender quais são as empresas e os serviços factualmente oferecidos nacionalmente no contexto de pesquisa, análise jurídica e outras práticas realizadas por advogados. A pesquisa foi construída através da apreensão exploratória, pormenorizando o funcionamento da tecnologia objeto da análise. A conclusão atingida é que essa tecnologia ofertada pelas lawtechs do ramo, compatibilizam uma série de atividades de difícil realização humana, afetando a forma de trabalho do profissional, com a possiblidade de gerar estratégias preditivas eficazes na atuação advocatícia.

Palavras-chave: lawtech; advogado; tecnologia; estratégia; dados.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar o seguinte questionamento: como as lawtechs de Analytics e Jurimetria (A&J) no país, beneficiam os advogados através do funcionamento de seu Software. A tecnologia em geral avança automatizando tarefas e inovando o modo de pensar e agir nos diversos seguimentos. Com seu desenvolvimento, acaba por definir serviços exclusivamente realizados pela lógica computadorizada, o que demanda dos indivíduos a integração dessas tecnologias e sua utilização com objetivo de obter seus benefícios. Nessa lógica, encontra-se o universo juridico, o constante aprimoramento da análise e da pesquisa jurídica como também a procura para resolução de tarefas com mais eficiência, segurança e produtividade fez com que novas tecnologias fossem oferecidas, automatizando atividades e inovando a realidade do profissional. (DE ANDRADE; DE CASTRO; PINTO 2020). Nesse cenário, encontram- se as lawtechs de Análise de dados e Jurimetria, aquelas que se propõe a aplicar raciocínio estatístico ao Direito, de forma a tentar prever resultados e oportunizar análise probabilística e estimativa nesta matéria. (HORTA,2020).

Assim, o recorte analítico tem foco na realidade já presente no Brasil, com a presença de lawtechs registradas que oferecem a prestação do serviço A&J, para especialmente entender quais são as atividades que são transformadas de um trabalho pessoal para uma lógica de Software e consequentemente, como promovem uma prestação jurisdicional mais efetiva nos escritórios de advocacia ou departamento jurídicos na realização do ofício processual, juridico e organizacional.

O texto se organiza em três seções. A primeira, traz a parte conceitual e o contexto em que se insere a tecnologia A&J no universo juridico, explicando o que essa ciência de forma geral promete oportunizar ao utilitário. A segunda parte, que concentra a pesquisa propriamente dita, objetiva entender as funcionalidades oferecidas através da contabilidade, descrição e sistematização dos serviços prestados pelas empresas no país. Por fim, a terceira parte aproveita o entendimento atingido para comparar com a prestação jurisdicional tradicional e verificar os benefícios possíveis.

O presente artigo tem o propósito de pormenorizar como o avanço tecnológico hoje já se faz presente na realidade nacional, de forma a demonstrar como a tecnologia referida inova no uso do ferramental e da ciência da análise de dados do mundo juridico, beneficiando assim, os profissionais da área.

O estudo tem relevância teórica por adotar uma perspectiva inédita sobre a matéria, analisando-a pelo cenário fático nacional, e original, ao sistematizar e comparar as empresas, na busca de demonstrar aos profissionais e estudantes como a ciência de dados é solidificada atualmente. Ainda, a relevância pratica consiste na demonstração de atitudes viáveis a serem adotadas e compreendidas na pesquisa, análise jurídica e prestação do serviço pelo advogado, através de explicar como a tecnologia compatibiliza e otimiza tal oficio.

2. A ANÁLISE DE DADOS E A PRÁTICA ADVOCATÍCIA

É essencial no exercício jurídico da advocacia privada a produção de teses e argumentações com intenção de defesa ou composição de interesses, partindo da aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Para reconhecer leis (latu sensu) significativas e aplicá-las aos fatos, advogados realizam pesquisas jurídicas na diligência de predizer com um mínimo de segurança quais seriam as argumentações mais propensas ao êxito. Assim, é indubitável que a promoção de pesquisas jurídicas precisas segue a ser uma habilidade elementar de uma advocacia de sucesso, afastando circunstâncias de perda e estimulando o raciocínio legal. Dessa forma, procurando conferir maior cientificidade a essas pesquisas a utilização adequada de ferramentas consiste em um caminho imprescindível, e para otimizá-las a análise jurídica tem se apresentado importante tarefa. (DE ANDRADE; DE CASTRO; PINTO 2020).

A análise jurídica baseada em mecanismos quantificáveis (analytics) envolve a extração e coleta de dados para, em seguida, reunir esses dados e fornecer insights previamente desconhecidos referente ao comportamento das pessoas, organizações e os conteúdos de ações judiciais que completam a sistemática de litígios. Logo, com essa tecnologia é possível obter tendências e padrões sobre processos antecedentes e com isso desenvolver uma estratégia legal prevendo os resultados para os casos atuais, o que concede maior predição de resultados para a atuação do advogado. Esse tipo de análise jurídica oferece aos litigantes respostas baseadas em fatos para as questões precípuas do litígio no curso processual.

Na mesma linha temos a Jurimetria, ferramenta de pesquisa que representa a aplicação de procedimentos quantitativos aliados a análise estatística para propiciar um panorama probabilístico de fenômenos do contexto jurídico. A Jurimetria realiza cálculos sobre um conjunto de casos, abrangendo suas características, frequências e variáveis buscando analisar os parâmetros do objeto em análise. (DE SOUZA,2019) Com

isso, é possível obter previsões sobre diversos eventos jurídico, como no processo civil: o tempo de tramite dos processos, a possibilidade de realização de acordo por parte do requerido ou a decisão propensa a ser decretada por determinado magistrado.

Considerando a reunião das duas técnicas, jurimetria e a legal analytics, é possível desenhar um cenário mais seguro e eficiente na criação de expectativas sobre as causas em andamento. No contexto juridico há similaridades identificáveis que tornam possível a criação de análise preditivas, utilizando de informações como a verificação de padrão de comportamento dos tribunais e dos julgadores, investigação de julgados, pesquisa de conteúdo com a utilização de termos-chave, comparação de teses jurídicas e argumentações tidas com êxito, e visualização de indicadores de deferimento e indeferimento é possível que o utilizador crie estratégias para eventos futuros.

Nesse seguimento, sobre introdução da tecnologia nas práticas jurídicas, voltadas a facilitar a rotina dos advogados, conectar cidadãos ao Direito e modificar a forma de desempenho do Poder Judiciário, soluções em lawtech são apresentadas. As lawtechs, são empresas da iniciativa privada que operam no setor jurídico, visando empreender soluções ou aperfeiçoamentos aos procedimentos ou instrumentos judiciais, almejando uma maior eficiência na prestação jurisdicional.

No Brasil, temos a Associação Brasileiro de Lawtechs e Legaltechs (AB2L), uma associação de empresas de tecnologia focadas no mercado jurídico, que objetiva a criação de um espaço de diálogo entre as empresas, os advogados, os escritórios, os departamentos jurídicos e as instituições jurídicas existentes. Disponibiliza uma listagem como "radar" das empresas e startups associadas, assim como as divide em 11 categorias caracterizando conforme seu cerne de atuação principal. Na classificação "Analytics e Jurimetria" temos as que utilizam o Software A&J, plataformas de análise e compilação de dados e Jurimetria.

3. PESQUISA: O RAMO NO BRASIL E OS SERVIÇOS OFERECIDOS

A presente pesquisa analisou as vinte empresas listadas no radar da AB2L com o objetivo de sistematizar as características de funcionamento e produtos que cada empresa promove, objetivando obter um panorama descritivo do que elas oferecem na prática em nosso país. O primeiro passo foi a pesquisa nos sites das empresas listadas e identificação do padrão de serviços excluindo os que não entrassem no recorte em questão. O segundo, foi a criação de uma tabela de demarcação, onde

todas as empresas analisadas seriam marcadas possuidoras ou não da característica ou produto. O terceiro passo foi a otimização da tabela ao perceber serviços/características que eram unânimes.

Destarte realizamos as seguintes considerações: 1- Os serviços foram analisados com base no site da empresa, a descrição de seu funcionamento, vídeos e imagens explicativas sobre o Software, considerando as características postas de acordo com o que a empresa oferece taxativamente, somada com a análise do que demonstrava do funcionamento do produto, logo uma análise estrita ao disponibilizado na internet. 2- Da amostra, três empresas não foram consideradas para a tabela (AP Informação, Escavador e Kaipler) devido possuírem um produto específico, guardando pouca relação com a pesquisa e as outras empresas do ramo, de forma a não preencherem o mínimo de demarcações encontradas. 3- Não foram considerados as funcionalidades encontradas em somente três ou menos empresas, como também aquilo que as empresas têm de diferencial especifico na forma da tecnologia em comum. 4- Foi considerado a nomenclatura "Empresa - Software (E/S)" para se referir a empresa e a tecnologia que oferece de forma conjunta. 5- Foi desconsiderado o fato de vendas de cada produto em separado, mesmo que ocorrido na realidade em algumas empresas, devido à possível contratação completa. 6- A empresa Data Lawyer foi analisada também no acréscimo Insight por apresentar em sites diferentes os diferentes produtos e serviços. 7- As empresas provedoras de softwares diferentes, em um mesmo serviço, foram consideradas em sua totalidade, sendo representadas de forma única.

A explicação é dividida em duas por fins didáticos, levando em critério o conjunto conceitual dos serviços oferecidos. Assim, optou-se por gerar duas áreas: "Serviços Próprios do Modelo Analytics e Jurimetria "e outra "Serviços de Gestão". Nesse sentido é explicado a descrição do serviço e o que pode ser considerado ao final do processo de generalizar esse serviço para todas as empresas, tomando como base o caso concreto e as definições das ferramentas interpretadas em latu-sensu.

Tabela 1 – Serviços oferecidos pelas lawtechs de A&J no Brasil

Serviços/ Características							
Empresas	Jurimetria aplicada	I.A Machine Learning	Compliance /LGPD	Adm.	Gestão Financeira	B. I	KPI
Blue Standard	.	.	.	✓	✓	.	.

(continua)

Data Lawyer	.	.	.	✓	✓	✓	✓
Data Lawyer Insight	✓	✓	✓	.	.	.	.
Deep Legal	✓	.	.	✓	✓	✓	✓
Digesto	.	✓	.	.	.	.	.
Digital Law:	.	✓	.	.	.	.	.
Fore Legal	.	.	✓	✓	.	✓	.
Impact	.	.	.	.	.	.	.
Jurimetria Neural	✓	✓	.	.	.	.	.
Juristec	.	.	.	✓	✓	✓	✓
kurier	.	✓	.	✓	✓		
Legal Insights	.	.	.	✓	.	✓	✓
Neural Mind	.	✓	✓	.	.	.	.
Optimum	.	✓	.	✓	✓	.	✓
Semantix AIJUS	✓	✓	.	✓	.	.	.
Softplan	✓	✓	.	✓	✓	.	.
ST Law	✓	✓	✓	✓	.	✓	✓
Turivius	✓	✓	.	.	.	.	.

Todas	**Monitoramento e extração de dados públicos**
	Análise Preditiva
	Dashboard/ análise de dados/ big data
	Software

Fonte: Montagem própria, com base no Radar Lawtechs e Legaltechs agosto 2020, AB2L disponível em<https://ab2l.org.br/radar-lawtechs/> Acesso: 12/08/2020

Na primeira área temos os "Serviços Próprios do Modelo Analytics e Jurimetria", quais sejam: "Monitoramento e extração de dados públicos" (a E/S possui um sistema próprio de obtenção de dados públicos, podendo realizar processos de acompanhamento, aviso, captura, controle de prazos e outros sobre documentos públicos como legislação, documentos cartorários, publicações e andamentos processuais) ;"Análise Preditiva" (a E/S utiliza estatísticas, mineração e organização de dados, modelagem preditiva e aprendizado de máquina, analisa fatos atuais e

históricos parar gerar previsões e estratégias sobre eventos futuros ou desconhecidos) ; "Dashboard/ análise de dados / big data" (a E/S utiliza painéis que mostram métricas, indicadores e análises quantitativas traçados de forma visual para a processamento de variedades de dados estruturados e não estruturados e a seguinte compreensão pelo utilizador) e "Software" (a E/S utiliza de um programa lógico computadorizado que realiza automaticamente as ações requiridas pelo utilizador através de uma interface virtual onde são oferecidos os serviços e controlado o sistema de forma intuitiva).

Ainda nessa área tem-se : "Jurimetria aplicada" (a E/S aplica modelos estatísticos para compreender processos, decisões judiciais e fatos jurídicos, estabelece condições de análises descritivas diagnósticos capazes de evidenciarem dinâmicas sobre situações relevantes ; "Inteligência Artificial (I.A) / Machine Learning" (a E/S utiliza de um sistema capaz de modificar seu comportamento autonomamente com base em sua própria experiência, o algoritmo analisa dados, encontra padrões ou tendências neles, realiza analises apuradas para chegar a conclusões) e por fim "Compliance /LGPD" (a E/S tem garantia de proteger a privacidade dos titulares dos dados e impedir o desvio de informação, resguardado o consentimento do titular e a privação dos dados sensíveis).

Já na área "Serviços de Gestão" tem-se: "Administração" (a tecnologia oferece um sistema de ferramentas de gestão organizacional, a compreensão de dados internos promove uma visão sistematizada do negócio do utilizador, ele é capaz de monitorar, analisar e gerenciar as informações estruturais de seu escritório/departamento juridico tais como controle de equipe, prazos e agenda) ; "Gestão Financeira" (a tecnologia oferece especificamente ferramentas de análise de dos dados internos voltados ao planejamento, a análise e ao controle das atividades financeiras do negócio do utilizador) ; "Business Inteligence (B.I)" (a tecnologia especificamente oferece painéis inteligente Power B.I sobre os dados administrativos do negócio, a dashboard é dinamizada para o entendimento gerencial objetivando a tomada de estratégias de gestão) e por fim, "Key Performance Indicator (KPI)" (a tecnologia especificamente oferece a cocriação e o desenvolvimento de indicadores de desempenho KPI do negócio do utilizador, objetivando o estabelecimento e controle de metas).

Com isso, pode-se perceber que a Classificação A&J na prática demonstra o grupo de Lawtechs que possuem um ou mais softwares que realizam o monitoramento e extração de dados públicos para através do processamento da big data realizar análise de dados e gerar uma dashboard

que permita ao programa (em alguns casos por I. A) e ao utilizador concluir uma análise preditiva (em alguns casos através da Jurimetria). Algumas empresas garantem o compliance na proteção dos dados do utilizador.

Além disso, ao observar que todas as empresas seguem a base comum de serviços do modelo Analytics podemos perceber que somente as empresas que têm um produto estritamente definido não apresenta em sua plataforma o sistema de apreensão de dados exteriores aliado à ferramentas de administração do próprio escritório de advocacia/ departamento juridico. No caso, somente as empresas, Digesto, DigitaLaw e Jurimetria Neural; Neural Mind, Data Lawyer Insight e Turivius não apresentam qualquer ferramenta de gestão. As mesmas possuem um produto de específico seja respectivamente: acompanhamento de processos e tribunais, análise de decisões judiciais, análise e automatização de documentos e pesquisa com jurimetria,

Todas as outras empresas, que seguem o padrão A&J, possuem ferramenta de Gestão Organizacional, podendo ter ainda Gestão Financeira, Painéis B.I e Parâmetros KPI. Isso ressalta a ideia de que as atuais empresas não se prendem exclusivamente ao processamento de dados públicos, para promover estratégias de atuação do profissional, mas também, oferecem em um ou mais softwares a compatibilização da gestão do negócio. Para o usuário são apresentadas ferramentas que automatizam serviços de universos de trabalho diferentes, o processamento de dados externo e a gestão interna.

5. ANÁLISE COMPARATIVA: O QUE O SOFTWARE FAZ E BENEFÍCIOS

Tendo como base como funcionam então os serviços das Lawtechs do ramo, podemos enfrentar a hipótese do Software A&J oferecer serviços que são dificilmente ou quase impossíveis de serem realizados por serviço humano e assim podemos enxergar quais os benefícios a utilização desta tecnologia proporciona.

Inicialmente é necessário refletir sobre os entraves que a advocacia privada possui quanto ao uso ou aplicação prática dos serviços prestados por um Software A&J. Nesse sentido, pode-se ressaltar primordialmente a dificuldade do advogado no entendimento do raciocínio promovido por essa tecnologia. O próprio pensamento de análise preditiva através de dados é algo distante, sobretudo porque o Direito, tradicionalmente, se baseia na interpretação de situações e encadeamento de atos processuais construídos de maneira menos técnica e mais fenomenológica. (DE ANDRADE; DE CASTRO; PINTO 2020).

No funcionamento da tecnologia em questão, podemos compreender seu processo principal de repostas ao usuário, na sequência de passos determinada pelos serviços "Monitoramento e Extração de dados públicos", "Dashboard/Análise de Dados" e por fim "Análise Preditiva".

O passo inicial já demonstra uma situação conflitante com atividade do advogado, posto que o acesso aos dados públicos é condicionado ao sistema disponibilizado pelo Poder Judiciário, que não apresenta por natureza, uma lógica big data, de processar em resposta única uma grande gama de informações. As maneiras convencionais seriam solicitar o envio de bases prontas aos órgãos, ou baixar os dados diretamente dos sites dos tribunais de justiça e diários oficiais. Nesse ponto é perceptível que a forma como os dados são disponibilizados aos usuários é demorada e incompleta visto que eles são preparados para serem acessados de forma individual, para pesquisas pontuais sobre os processos de seus interesses diretos (DE SOUZA,2019). Como exemplo, temos os sites dos Tribunais que permitem somente a consulta processual de um processo por vez e a visualização destes é feita de forma única ao se preencher todos os dados de referência, não permitindo que sejam realizadas pesquisas mais abrangentes baseadas em filtros como valores, magistrados, causa etc.

Ressalta-se ainda, o pré-cadastramento exigido em um país com mais de 90 sites de tribunais diferentes, captchas e outras tecnologias que impedem os acessos por softwares convencionais e as limitações das informações estruturadas nos sites (IDEM). Dessa forma, a obtenção de dados figura como um trabalho em si mesmo, depreendendo um relativo gasto de tempo.

Em relação a análise de dados e a visualização de dashboard. É necessário primeiramente que o advogado adapte seu raciocínio juridico, complexo em sua natureza, com um sistema de estatístico, inferencial e quantitativo de dados sobre o mesmo universo. Nesse sentido, para absorver a análise quantitativa de dados de modo independente, o operador deveria depreender o conhecimento voltado no mínimo, para o possível arranjo de dados, objetivando conseguir por si só interpretar as estatísticas e comparações. Logo, se em alguma possibilidade, o advogado realiza a coleta e o processamento de dados, ainda que utilizando da tecnologia para coleta e organização, ainda depende dele a identificação de padrões, o arranjo, a organização dos cálculos e principalmente o tempo gasto para este processo. Para criar uma dashboard ainda é necessário o desenho da interface na melhor forma de visualizar os dados, filtrando e separando as informações obtidas. Se o profissional atinge a criação do dashboard, ele inegavelmente constrói o produto que o Software A&J se

propõe originariamente e entrega de forma automatizada com utilização intuitiva. (figura 1)

Isso tem reflexo direto no último passo, mesmo que o processamento de dados seja eficazmente feito, a tradução desses dados em afirmações preditivas depende ainda da comparação deles com outras possibilidades de uma amostra com tamanho relevante. Ou seja, para o advogado obter uma afirmação correta teria ainda que obter respostas de testes. A indicação de uma estratégia a ser seguida com base em dados realiza a comparação dela em uma realidade lógica e precisa, onde cada possibilidade é vista como número e calculada de forma imparcial.

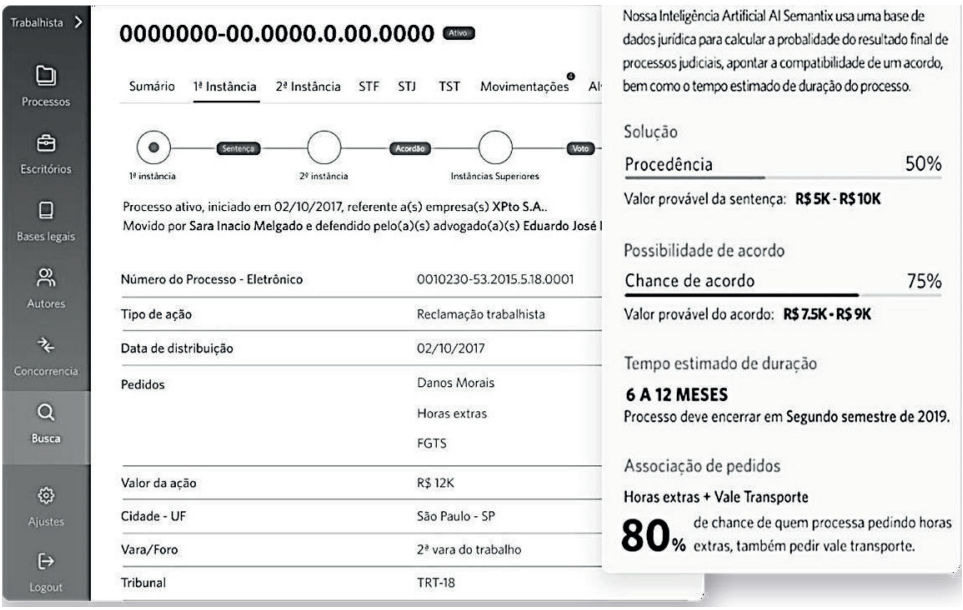


Figura 1: Exemplo de Dashboard do programa Semantix disponível em https://semantix.com.br/

Nesse sentido, tradicionalmente, para realizar uma análise preditiva, seria necessário que advogados confiassem nos questionamentos e interpretações feitos sobre os dados, e das informações providas por situações e indivíduos com conhecimento sobre o tipo específico de objeto em análise. No entanto, esses dados, além de não serem testados, muitas vezes compõem um tamanho irrelevante para a construção de uma amostra, de-

monstrando apenas uma realidade parcial e imprecisa já que pode incorrer na falta de comparações com outros dados. Além disso, esses prognósticos poderiam ser tendenciosos, tanto pelo desejo de resultados quanto pela análise sugestionada pela própria experiência (ALARIE, NIBLETT e YOON, 2018). Assim o emprego de inteligência artificial fundamentada em relações algorítmicas permite uma análise com maior objetividade, visto que opiniões são apartadas e substituídas por comparações lógicas, afastando a possibilidade de seleção e erros de agrupamento.

Com base no supracitado, ao possibilitar que advogado obtenha um entendimento visual sobre um conjunto de dados em uma lógica intuitiva, o software facilita que o profissional precise depreender uma análise própria do universo dos números, além do que o sistema traz respostas preditivas de sua inteligência lógica própria. Não obstante, que enquanto produto vendido, as próprias empresas possibilitam ao usuário um suporte em treinamento sobre a interpretação dos dados apresentados e a utilização do programa.

Ressalta-se ainda, que os "Serviços de Gestão" apresentados em conjunto com a funcionalidade A&J, também seriam mais uma gama de serviços que partem do próprio utilizador e cada qual necessitando de seu específico conhecimento e ferramental. A administração, a gestão financeira, a montagem de painéis Power BI, o estabelecimento e controle de Indicadores Chave de Desempenho KPI são um conjunto de parâmetros da Gestão de Conhecimento do negócio, que não partindo do próprio advogado seria realizado pelo diretor, sócio administrador ou por um terceirizado.

Nesse sentido, como vimos que alguns Softwares analisados automatizam e compatibilizam não só o serviço próprio da análise preditiva a partir de dados, mas também possibilitam ao utilizador um controle maior sobre seu próprio negócio, percebemos como representa uma ferramenta única em si mesmo. O que na realidade seria feito por uma divisão de pessoas e de ferramentas é possível de ser realizado por um só usuário, sendo possível que escritórios de advocacia, grandes ou pequenos, possam utilizar igualmente um mesmo ferramental de mesmo desempenho.

Com base no desenvolvido, podemos perceber que os serviços apresentados mantêm ligação com um ferramental possível de utilização autônoma na advocacia privada, porém, a característica do serviço prestado fundamentalmente alia-se a uma lógica virtual e computadorizada. A plataforma de Analytics e Jurimetria por mais que ferramenta de análise e pesquisa, devido as inovações tecnológicas, oferta produtos inegavelmente realizados por software, e que mesmo de uma forma básí-

ca de sistema já se tornam impraticáveis a busca desse tipo de análise por um trabalho pessoal. A automatização de serviços em uma só plataforma diminui drasticamente a carga de conhecimento, pessoal e tempo que seriam gastos para a obtenção dos serviços.

É nessa mesma lógica que podemos analisar os benefícios trazidos pela utilização da plataforma A&J no trabalho próprio do profissional em Direito. Na medida que opera a "Dashboard/ análise de dados/ big data" que prepara e identifica grandes volumes de dados para funções de pesquisa e apreensão, a tecnologia acrescenta valor a capacidade informativa do usuário. Como exemplo, as funções de pesquisa de citações e captura de decisões administrativas, além de ser possível identificar as teses jurídicas mais incidentes e seu resultado por turma ou por tribunal. O software confere à análise jurídica mais certeza ao avaliar uma vasta quantidade de informações contidas em julgados, precedentes e jurisprudência dos tribunais.

Com **o** "Monitoramento e extração de dados públicos" o software a partir do rastreamento periódico de bases de dados jurídicas propicia acompanhamento e resumos contínuos de novas propostas legislativas, regulamentos, jurisprudência e mudanças administrativas, tornando o utilitário atualizado automaticamente de alterações que demandaria tempo procurando ou em alguns casos passariam impercebíveis.

Ainda, a Jurimetria fornece informações baseadas em dados precedentes sobre como juízes, desembargadores, advogados e partes se comportaram, calculando assim como eles provavelmente se comportarão no futuro numa mesma situação. Dessa maneira, traz uma vantagem a análise jurídica do advogado utilizador sobre aquelas da parte contrária, visto a maior previsão na construção de estratégias de litígio bem-informadas. Além disso, uma das maiores dificuldades do advogado consiste na preocupação com o atendimento ao cliente, fidelização e pronta resposta às demandas apresentadas, com o usuário possuindo mecanismos capazes de conferir uma predição dos acontecimentos, o diálogo com o cliente se torna mais claro e mais informativo. Isso é especialmente visto no que diz respeito ao provável resultado, custos e cronograma do caso, na medida em que há uma noção mais abrangente sobre casos semelhantes, obtendo por consequência, um melhor gerenciamento das expectativas dos clientes. (DE ANDRADE; DE CASTRO; PINTO 2020).

A "análise preditiva", que envolve criar afirmações sobre a melhor abordagem para o litígio, realiza a captação de dezenas de variáveis em todos os pontos do problema. fazendo que que os advogados identifiquem a teoria mais adequada ao caso único, levando assim, a

ampliação das técnicas de desenho de estratégias para o litígio. Ainda, como é possível extrair informações confiáveis para mostrar os tipos de tópicos vistos por um juiz e com qual frequência, traz uma vantagem, na medida em que gera maior compreensão quanto aos tribunais, às jurisdições e às propensões dos juízes para decidir fazendo que o usuário possa traçar a estratégia mais forte possível.

Nessa mesma linha de benefícios podemos compreender o apresentado com a pesquisa "2020 ALM Legal Analytics Survey", realizada pela Lex Machina , lawtech pertencente ao grupo Lexis Nexis, A pesquisa feita em parceria com a empresa ALM Intelligence, coletou opiniões de 163 advogados, com o propósito de analisar a adoção de softwares Analytics pelos escritórios de advocacia. Na pesquisa, 70% (114) que já utilizam a tecnologia, se encaixaram na resposta "usuários da análise jurídica estão percebendo o valor da análise jurídica e veem a tecnologia como instrumento para aumentar o conhecimento e a competitividade melhorando a eficiência geral". Nesse sentido, 98% dos usuários concordaram que a análise A&J melhorou o desempenho de seu escritório de advocacia e 90% afirmaram terem se tornado melhores advogados, mais informados e eficientes. Assim, para estes, os três principais benefícios apontado foram, aumento da capacidade de gerenciamento da firma (75%), acréscimo na competitividade (56%) e melhoria da eficiência (52%).

Portanto, com a tecnologia no Brasil, é possível visualizar para os advogados usuários dessa tecnologia, a maior transparência na comunicação judiciária, maior eficiência da administração do negócio, uma análise jurídica com maior nível de certeza e previsão, a prestação de um serviço em geral mais célere e efetivo, um novo horizonte de competitividade, um melhor acompanhamento e visualização dos tramites processuais e a criação de estratégias de atuação. A longo prazo, a previsão possível seria, na medida que essa tecnologia é liberada e absorvida, observar a tendência de uma condução de demandas mais aliada a realidade fática, com a procura pelo estabelecimento de parâmetros mais elevados sobre sua eficácia e transparência.

4. CONCLUSÕES

Com base em todo supracitado pode-se perceber que as lawtechs do ramo Analytics e Jurimetria com atuação no Brasil oferecem tecnologias capazes de automatizar uma série de atividades que compõem um conjunto cada vez mais distante de ser passível de ser realizado por atividade humana. A integração da lógica em Software na análise jurídica realizada por advogados, oportuniza maior certeza e maior base de conhecimentos no

ofício juridico, desde o atendimento ao cliente até a finalização dos processos judiciais. A plataforma A&J facilita a capacidade de criação de estratégias preditivas, inovando o modo de pensar e agir do usuário.

A composição da metodologia de Jurimetria traz uma orientação sobre a atuação profissional perante o judiciário. Sendo oferecida em um software único gera uma visualização intuitiva e facilitada pelo usuário, o que traz para o advogado uma visão baseada em fatos, um apoio maior de segurança e compreensão. Apresentando os dados sobre o judiciário no país seja tribunais, turmas, padrões de julgamento e valores do processo, auxilia a atuação profissional do indivíduo e traz mais segurança e eficiência de sua atividade propriamente jurídica. Além disso, o uso de inteligência artificial nos softwares faz com que respostas das análises sejam transmitidas ao usuário de uma forma objetiva trazendo para o utilizador uma base de dados de probabilidades e de estratégias recomendadas. Assim, os usuários são capazes de desvendar a atuação dos julgadores do processo, o que possibilita para o advogado a compreensão estratégica das teses jurídicas mais eficazes permitindo a elaboração de planos no caso concreto.

O fato de ser apresentado ainda a possibilidade da utilização de analytics em formato de Gestão de Conhecimento amplia os horizontes dos advogados que não são preparados precipuamente para esse tipo de serviço. O software oferece uma capacidade de gestão apontada por dados, com uma visualização mais fácil de ser compreendida o que impulsiona o utilizador na criação e alcance dos parâmetros organizacionais. Tal fato gera uma maior capacidade de gestão do negócio em geral, fazendo que o advogado além de prestar um serviço mais eficiente no cerne da atividade jurídica possa acompanhar esse desenvolvimento no âmbito administrativo do próprio negócio,

Os serviços oferecidos na plataforma A&J sejam propriamente ditos ou de gestão demonstram uma característica do software de possibilitar que com um único meio sejam compatibilizados uma serie de conhecimentos e ferramental separados. A tecnologia facilita um trabalho que necessita geralmente de diferentes pessoas. Isso é oferecido não só pelo próprio software, mas como também pela empresa que promove o aparato de consultoria, tutorial e treinamento para utilização correta da tecnologia.

Devido as dificuldades técnicas de pesquisa sobre os dados públicos e controle de dados big data externos e internos a utilização de um software capaz de realizar automaticamente esse tipo de captura fornece ao usuário uma facilidade notável na apreensão e pesquisa sobre informações de diversos fenômenos do universo juridico. A alta capacidade e didática dos sistemas de

pesquisa contrastantes com aqueles disponíveis no país oferecem destreza, redução do tempo e maior produtividade para o advogado, que poderá ser automaticamente avisado de dados que precise acompanhar.

Portanto, a transformação pela utilização dessa tecnologia cada vez mais se torna realidade em nosso país, sendo necessário recordar que em sua maioria automatizações tecnológicas criam cenários praticamente irreversíveis, trazendo vantagens internalizadas pelo uso constante do novo ferramental. Assim, esse cenário de avanço aumenta a demanda por profissionais atualizados capazes de inserirem as novas práticas em seu seio de aprendizado e atuação. É possível notar então, que aqueles que se adaptarem e mais cedo internalizarem esse tipo de tecnologia vislumbrarão com mais tranquilidade seus benefícios, em detrimento daqueles que resistem a inovação e dirimem sua capacidade competitiva.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AB2L, *Radar Lawtech e Legaltechs.* Disponível em <https://ab2l.org.br/radar lawtechs/> Acesso em 15/08/2020.

ALARIE, Benjamin; NIBLETT, Anthony; YOON, Albert H. *How Artificial Intelligence will Affect the Practice of Law*. University of Toronto Law Journal, 2018. Disponível em:<https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/88092/1/Alarie%20Artificial%20I ntelligence.pdf> Acesso em: 14/08/2020

ALM Intelligence, LexisNexis. *2020 Legal Analytics Study*. Disponível em <https://www.lexisnexis.com/supp/largelaw/no-index/lexisnexis-alm-legal-analytics- study.pdf> Acesso em 23/08/2020.

DE ANDRADE, Mariana Dionísio; DE CASTRO, Beatriz Rosa; PINTO, Eduardo Régis Girão de Casto. *Legal tech: Analytics, Inteligência Artificial e as Novas Perspectivas Para A Prática Da Advocacia Privada.* Revista Direito GV nº35 V.16 N.1, 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/81692/77912> Acesso em: 12/08/2020

DE SOUZA, Rafael Pereira. *Jurimetria: Tabelas de Contingência e Associações no Direito.* Volta Redonda: UFF-ICHS, 2019.

HORTA, Thiago Pirovani. *A Tecnologia como Mecanismo para a Desjudicialização dos Conflito.* Volta Redonda: UFF-ICHS,2019

A INEFETIVIDADE DA IMPOSIÇÃO DE ASTREINTE E A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DE MEIOS ALTERNATIVOS À SATISFAÇÃO DA TUTELA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER OU NÃO FAZER

ARAÚJO, Natália de Souza e Mello[1]

1 Mestra em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA-RJ). Especialista em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. E-mail: nsmelloar@gmail.com.

RESUMO

A falta de efetividade na entrega da prestação judicial, decorrente do recorrente descumprimento de decisões judiciais impondo obrigações de fazer e de não fazer, é tema urgente e que deve ser discutido de forma mais contundente. Embora haja previsão legal para que o magistrado possa adotar as medidas que entenda necessárias à satisfação do exequente, nos cumprimentos de sentenças que reconheçam a obrigação de fazer ou de não fazer, tal previsão não é frequentemente adotada na prática, de modo que dificilmente são vislumbradas medidas diferentes da imposição de astreinte para coagir o devedor a cumprir a decisão judicial. Diante deste cenário, o presente trabalho pretende analisar a aplicação do art. 536 do Código de Processo Civil nos tribunais brasileiros, bem como as consequências decorrentes da adoção da fixação de astreinte como único modo de garantir a efetividade da decisão judicial. Pretende-se, ao final, sugerir soluções alternativas, que desestimule o que pode ser chamado de "indústria da astreinte" e, ao mesmo tempo, garanta o cumprimento das decisões judiciais.

Palavras-Chaves: Astreinte; Efetividade; Obrigação de fazer.

1. INTRODUÇÃO

São normas fundamentais do processo civil brasileiro o princípio da efetividade, consistente no direito fundamental à satisfação da tutela executiva, assim como o princípio da menor onerosidade da execução. Isso quer significar que se deve buscar sempre a efetividade da tutela pretendida e, ao mesmo tempo, o meio menos oneroso para a execução daquela medida.

As pesquisas realizadas em tribunais de todas as regiões do Brasil[2] demonstram que a imposição da astreinte é a medida mais adotada para alcançar a satisfação do exequente, na tentativa de compelir o devedor a cumprir determinada obrigação.

A chamada astreinte possui previsão, atualmente, no parágrafo primeiro do artigo 536 do Código de Processo Civil, como uma das medidas a serem adotadas pelo

magistrado para garantir a satisfação do exequente no cumprimento de sentença de obrigação de fazer ou não fazer.

O dispositivo citado prevê que:

> Art. 536 No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.
> §1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Pode-se retirar, da mera leitura do dispositivo, duas importantes conclusões. A primeira delas é que a astreinte é espécie de multa processual que, ao contrário das multas em sentido amplo, não possui caráter punitivo, tampouco caráter ressarcitório. A astreinte possui natureza meramente coercitiva, representando meio para coagir o devedor a cumprir a decisão judicial a ela atrelada.

Tanto é assim que, conforme já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, a astreinte não integra a condenação principal, ou seja, não tem natureza jurídica condenatória (STJ, 2017).

2 Foram estudados os Tribunais de Justiça dos estados do Paraná, Santa Catarina, Rio de Janeiro, São Paulo, Bahia, Ceará, Amazonas, Pará, Distrito Federal e Mato Grosso

A segunda conclusão que pode se alcançar é que a estipulação da astreinte é apenas uma das medidas que o magistrado pode adotar para assegurar a satisfação do exequente. Além da imposição de multa, o parágrafo primeiro prevê a possibilidade de que o juiz determine a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, o impedimento de atividade nociva, dentre outras medidas – como expressamente dispõe o dispositivo, deixando claro que não se trata de um rol taxativo das medidas a serem adotadas.

A questão que se coloca neste trabalho, no entanto, é que não é recorrente em grande parte dos tribunais brasileiros[3] a aplicação de qualquer medida diferente da imposição da multa, o que acabou por gerar consequências nocivas ao processo civil em geral, desvirtuando a natureza da astreinte – que acabou se tornando fonte de enriquecimento sem causa, razão pela qual este trabalho se refere à "indústria da astreinte", em clara alusão às mesmas questões verificadas quanto ao dano moral.

As consequências nocivas supracitadas serão mais detalhadamente expostas ao longo deste trabalho, bem como as conclusões alcançadas por meio da análise de julgados sobre o tema.

Essas são as razões pelas quais o tema é tão relevante e que tornam premente a necessidade de que sejam adotados meios alternativos à satisfação do exequente em uma ação de obrigação de fazer ou não fazer, que não a imposição de astreinte.

2. METODOLOGIA

Trata-se de pesquisa aplicada e descritiva, já que tem como objetivo a análise da aplicação de princípios fundamentais do processo civil e de previsões legislativas nas decisões judiciais brasileiras. No que se refere a sua abordagem, o presente trabalho é qualitativo, já que não pretende apresentar dados quantitativos específicos, mas sim coletar alguns exemplos de julgados, retirados de dois tribunais de cada região do País – sendo eles os Tribunais de Justiça dos estados do Paraná, Santa Catarina, São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia, Ceará, Amazonas, Pará, Distrito Federal e Mato Grosso - de modo a demonstrar a problemática da imposição da astreinte como único meio para a satisfação da tutela de obrigação de fazer ou não fazer.

3 Considerando-se que, neste trabalho, foram analisadas decisões de dez Tribunais de Justiça do País, como já elucidado.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1. Insegurança jurídica em relação aos parâmetros para imposição de valores das astreintes

A primeira problemática apresentada nesse trabalho em relação à imposição de astreintes para o cumprimento da obrigação de fazer refere-se à insegurança jurídica decorrente da ausência de critérios e parâmetros objetivos de fixação do valor da multa.

E isso tanto em relação ao valor da multa diária fixada quanto em relação ao montante final atingido. O artigo 537, parágrafo primeiro do Código de Processo Civil dispõe que o juiz pode determinar, a qualquer momento, a redução do valor da multa imposta, quando verificar que se tornou excessiva. Contudo, como é realizada essa redução? Quais são os critérios de verificação de desproporcionalidade do valor imposto a título de multa?

Não há respostas corretas e objetivas para essas perguntas, o que acaba gerando insegurança jurídica em relação aos valores das astreintes. Como já explicado, o intuito da astreinte não é indenizar o credor pela inércia do devedor, mas sim compelir este último a cumprir uma decisão judicial.

Portanto, o valor deve ser expressivo a ponto de pressionar o devedor, mas não tanto a ponto de enriquecer o credor injustamente.

A questão é, por si, de difícil solução. No entanto, como se passará a ver, não há consenso nos tribunais brasileiros e, normalmente, dentro de um mesmo Tribunal há decisões contraditórias e conflitantes.

Como primeiro exemplo, vê-se um julgado do Tribunal de Justiça do Ceará que analisou a proporcionalidade e razoabilidade do valor imposto a título de multa diária, mas entendeu que tal valor deve ser limitado ao montante da obrigação principal, de modo a que não incida a multa *ad aeternum* e a evitar, portanto, o enriquecimento sem causa do credor:

> (...) Quanto ao valor arbitrado a título de multa diária pelo descumprimento da medida judicial, no importe de R$ 500,00 (quinhentos reais), é proporcional e razoável, não merecendo reforma, devendo, de outro lado, ser estabelecido um teto, ora arbitrado no valor da obrigação principal.[4]

4 TJCE. Processo: 0637357-25.2020.8.06.0000/50000 - Agravo Interno CíveL. Agravante: Companhia Energética do Ceará - ENEL Agravado: Instituto Pedagogico Sao Francisco de Assis Ltda. Data de Julgamento em 03 de março de 2021.

Já em outro caso julgado pelo mesmo Tribunal do Ceará, a multa atingiu o valor de R$ 3.493.211,63 (três milhões, quatrocentos e noventa e três mil, duzentos e onze reais e sessenta e três centavos), valor que foi requerido pelo Autor e deferido pelo juízo de origem. No caso, o valor da obrigação principal era de R$529.567,00 (quinhentos e vinte e nove mil, quinhentos e sessenta e sete reais), montante mais elevado do que a maioria dos casos analisados nesse trabalho.

Contudo, ao contrário de aplicar a limitação do valor da astreinte à obrigação principal, o Eg. Tribunal do Ceará optou por limitá-la a R$100.000,00 (cem mil reais), afirmando se tratar de valor *"condizente para implementar penalidade pela recalcitrância da devedora, ora Agravante, em cumprir a obrigação pelo Judiciário"*.[5]

Ressalte-se que o Agravo de Instrumento foi julgado no ano de 2020 e o devedor vinha descumprindo a obrigação de fazer desde 2009.

Na próxima decisão analisada[6], desta vez do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pode-se observar duas questões interessantes. A primeira delas é que a autora da ação informou algumas vezes nos autos o descumprimento da obrigação de fazer, limitando-se a pleitear a majoração da multa diária imposta. Contudo, a obrigação acabou sendo cumprida por intermédio do próprio Judiciário, que determinou a expedição de ofício ao Serasa, para que retirasse o nome da autora de seus cadastros.

A segunda observação é que, embora conste no acórdão que *"tal penalidade não pode vir a se tornar mais atraente do que a própria satisfação do encargo principal",* foi mantida a decisão que reduziu o valor da multa de R$1.720.238,09 (um milhão, setecentos e vinte mil, duzentos e trinta e oito reais e nove centavos) para R$20.000,00 (vinte mil reais), valor que ainda representa o dobro do valor da obrigação principal, objeto da demanda (R$10.000,00, dez mil reais).

Observa-se claramente nesse caso que a imposição da astreinte foi a medida mais prejudicial à satisfação da tutela pretendida, ao próprio autor, bem como aos princípios do direito processual civil. Isso porque prestigiou-se a conduta desidiosa do executado em descumprir reiteradas vezes as decisões judiciais, já que a multa foi reduzida de quase dois milhões de reais para vinte mil reais.

5 TJCE. Processo: 0638815-77.2020.8.06.0000 - Agravo de Instrumento. Agravante: Allianz Seguros S/A Agravado: C. Carmelo Serviços de Auto Socorro Ltda

6 TJSC. Agravo de Instrumento 5033709-97.2020.8.24.0000/SC. Julgado em 05/02/2021.5ªCâmara de Direito Civil. Relator Jairo Fernandes Gonçalves.

Além disso, a parte autora esperou por um tempo demasiadamente longo para ver satisfeita a sua pretensão, o que poderia ter sido evitado se, desde o princípio, tivesse sido determinada a expedição de ofício ao órgão responsável.

Outro fato a ser observado é que não há parâmetros concretos para a fixação do valor da multa. Se a astreinte deve ser limitada à obrigação principal, não haveria que se cogitar da fixação da multa em valor superior a R$10.000,00, o que não foi o caso.

Já o Tribunal de Justiça do Distrito Federal manteve multa diária no valor de R$100.000,00 (cem mil reais), decorrente do descumprimento da obrigação de emitir passagens aéreas e fornecer atendimento especial ao autor, com equipamento de oxigênio suplementar.

A justificativa para a manutenção da multa diária de tão elevado valor, apesar das manifestações da Ré de que a obrigação imposta é de impossível cumprimento, foi que *"foi a própria parte recorrente que deu ensejo à elevação da astreinte, aplicada e majorada na sentença, uma vez que até a presente data não se tem notícias acerca do cumprimento da obrigação de fazer na qual fora condenada a cumprir".*[7]

O mesmo Tribunal entendeu ser desproporcional a quantia de R$1.000,00 (hum mil reais) de multa diária para que uma instituição financeira desbloqueasse valores retidos de modo indevido nas contas do autor. É de se observar que, no voto vencedor, consta que a multa deveria ser reduzida para R$500,00 (quinhentos reais) por dia, eis que *"ao mês somaria R$15.000,00, mantendo-se proporcional ao valor da obrigação primária nominal e total de R$150.342,61 (...). Enfim, a mesma multa fica limitada a 50% do valor atualizado da obrigação principal.".*[8]

Por óbvio que a obrigação imposta no primeiro caso analisado no Distrito Federal envolvia o direito à vida e à saúde, o que poderia, *a priori,* justificar a manutenção de valor tão elevado a título de multa. Contudo, a obrigação imposta no segundo caso referia-se à retenção indevida, por uma instituição financeira, de valores que pertenciam ao Autor.

Tal obrigação, além de ser de simples cumprimento, caso não cumprida, pode gerar graves prejuízos ao autor, que tem seu dinheiro retido. No entanto, além de entender ser desproporcional o valor de R$1.000,00 por dia, já partiu do pressuposto, na fixação do valor diário, de descumprimento por parte do executado durante o período de um

7 TJDF. 20160510056929APC (0005607-51.2016.8.07.0005). 5º Turma Cível. Data de Julgamento 29/11/2017.

8 TJDF. 0740035-25.2019.8.07.0001. 1ª Turma Cível. Data de Julgamento 21/10/2020.

mês. Ademais, limitou o valor da multa à metade da obrigação principal, o que corrobora a ideia defendida nesse trabalho de que não há parâmetros objetivos para a fixação do valor da astreinte.

3.2. A "indústria da astreinte" e a inobservância aos parâmetros de boa-fé objetiva

Outro caso analisado neste trabalho, julgado pela primeira instância do Tribunal de Justiça do Paraná, se refere a um cumprimento de sentença no valor de R$3.173.976.970,00 (três bilhões, cento e setenta e três milhões, novecentos e setenta e seis mil e novecentos e sete reais), decorrente da suposta manutenção do nome do Exequente nos cadastros de proteção de crédito.

A decisão, proferida pela Décima Quarta Vara Cível da comarca de Curitiba, reduziu o valor da multa para R$30.000,00 (trinta mil reais). A primeira observação nesse caso se refere a disparidade entre o valor cobrado e o valor imposto na decisão da impugnação, o que corrobora as críticas realizadas nesse trabalho à imposição da astreinte como meio de compelir o devedor a cumprir determinadas obrigações.

Outra importante observação neste caso se refere às ponderações realizadas pelo juiz em relação à postura adotada pelo Exequente, como se passa a transcrever:

> (...) No presente caso, um pedido de mais de três bilhões de reais, instruído com memória de cálculo, caso não houvesse impugnação, deveria ser mantido? De outra banda, mesmo se se reconhecer mero erro material, o proveito econômico obtido pelo impugnante (mais de três bilhões de reais), refletiria em condenação em honorários em, pelo menos, trezentos milhões de reais? 5. A situação concreta leva à reflexão de como modelos cerrados levam a paradoxos. São situações que chamam a atenção pelo argumento da redução ao absurdo (reductio ad absurdum), segundo o qual "... se uma dada regra, juízo, ou decisão levar a consequências inaceitáveis, então a regra, juízo ou decisão deve ser rejeitada", na lição de Martin Golding.[9]

Pode ser verificado no trecho acima que o juiz suscita a reflexão em relação a *modelos fechados,* afirmando que criam paradoxos. Afinal, caso não fosse apresentada Impugnação pela parte executada, o juiz deveria

9 TJPR. Processo n. 0017108-43.2008.8.16.0001. 14ª vara cível Curitiba. 11.08.2020.

prosseguir com os atos executivos e determinar a penhora *online* de três bilhões de reais na conta corrente da parte executada?

O artigo 537, §1ºdo Código de Processo Civil dispõe que o juiz poderá, inclusive de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda, quando verificar que se tornou insuficiente ou excessiva.

A jurisprudência construiu o entendimento de que tal regra se aplica também à multa vencida[10], apesar de não ser essa a literalidade da lei (o que, frise-se, gera outra discussão relacionada à insegurança jurídica, mas que não será tratada nesse trabalho)[11]. No entanto, na prática, não se verifica a redução da multa de ofício. Uma vez que a parte exequente inicia o cumprimento de sentença, acompanhado da planilha discriminada de cálculos, determina-se o pagamento do valor apresentado em quinze dias, como dispõe o artigo 523 do Código de Processo Civil.

Caso não seja apresentada Impugnação, acompanhada da devida garantia, prosseguem-se os atos de execução forçada no patrimônio da parte executada, sem qualquer juízo de ofício acerca da desproporcionalidade do valor executado.

Outro ponto importante da decisão analisada se refere à inobservância ao princípio do *duty to mitigate the loss*, princípio que decorre da boa-fé objetiva:

> Destarte, em nenhum momento a parte autora postulou a determinação judicial para que o próprio SERASA ou Cartório de Protesto suspendessem a negativação, medida simples, efetiva e que não dependeria de nenhuma conduta do executado, o qual, frise-se, de fato descumpriu a decisão inicial. Vê-se, pois, que a multa se tornou o próprio bem jurídico perseguido em juízo e não houve nenhuma tentativa de mitigação do prejuízo (duty to mitigate de loss). 12. Assim, há a colisão entre o dever de cumprimento das ordens judiciais (efetividade), com a vedação de enriquecimento sem causa e violação da boa-fé, pela ótica do dever de mitigação das perdas.

10 Como exemplo de julgado: STJ. AgInt no AREsp 1625951 / SE. Quarta Turma. Relator Ministro Raul Araújo. DJe 26/08/2020: "O art. 537, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 não se restringe somente à multa vincenda, pois, enquanto houver discussão acerca do montante a ser pago a título da multa cominatória, não há falar em multa vencida"

11 Há, no entanto, entendimentos no sentido de que "o §1º do artigo em questão mantém-se o poder do julgador de reduzir ou até mesmo excluir o valor arbitrado ou a periodicidade das astreintes, porém, tal ato não possuiria aplicação retroativa, assim, somente alcançaria a multa vincenda, NÃO A VENCIDA". TJBA. Tribunal Cumprimento de sentença Recurso nº 0001296-78.2018.8.05.0271. Quinta Turma Recursal. Data de Publicação 16/02/2021.

A decisão afirma ainda que *"sequer houve cumprimento de sentença em relação ao título judicial da ação revisional, apenas da multa, o que sinaliza o protagonismo da multa em detrimento do pedido originário"*.

O exequente jamais pleiteou o cumprimento de sentença referente à condenação principal, mas apenas se preocupou em buscar o valor da multa. Tratava-se de uma ação revisional, em que discutia a abusividade de cláusulas do contrato firmado entre as partes. Apesar da procedência dos pedidos, jamais foi iniciado o cumprimento de sentença, referente à devolução dos valores pagos a maior, já que obviamente se tratava de valores ínfimos se comparados ao valor da multa pleiteada.

Algo semelhante foi verificado em outro processo também no Paraná[12], julgado na primeira instância da comarca de Salto do Lontra, em que o autor pleiteou a multa decorrente do descumprimento da obrigação de fazer sem pleitear o cumprimento da própria obrigação, que até o momento não tinha sido cumprida.

Neste caso, a obrigação de fazer determinada era a transferência do veículo objeto da ação para o nome de terceiro, que não o autor. O executado vinha alegando a impossibilidade em cumprir aquela obrigação, eis que não teria competência para realizar tal transferência. Vinha, portanto, requerendo que o juiz determinasse a expedição de ofício para o Detran, que era o órgão competente para tanto e, portanto, o meio mais eficaz para a satisfação da tutela pretendida (art. 536 CPC).

Assim, diante da alegada impossibilidade no cumprimento da obrigação de fazer, tal obrigação não foi cumprida. O autor, no entanto, não pleiteou o seu cumprimento, mas apenas o pagamento da multa imposta, o que levou o juízo da vara cível de Salto do Lontra a julgar extinto o cumprimento de sentença sem resolução do mérito, diante da ausência de interesse processual, prevista no artigo 485, VI do Código de Processo Civil:

Verifica-se dos autos que, até o presente momento, o exequente somente se preocupou em iniciar cumprimento de sentença buscando o recebimento de quantias. Nunca pediu a intimação do réu para cumprimento da obrigação. Somente pretende o recebimento da suposta multa devida. Tal conduta, contudo, viola o princípio da boa-fé objetiva, notadamente porque, "quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado" (CPC, art. 805) (...) Forte nesses fundamentos, ACOLHO A IMPUGNAÇÃO, para o fim de JULGAR EXTINTA SEM RESOLUÇÃO

12 PARANÁ, Tribunal de Justiça. Processo nº 0001647-96.2013.8.16.0149. Vara Cível Salto do Lontra. Julgado em 08/09/2019

DO MÉRITO O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA, o que faço com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Nessa mesma decisão, foi determinada a expedição de ofício ao Detran para que providenciasse a transferência do veículo, nos termos do artigo 139, IV do Código de Processo Civil, que dispõe que *"o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial (...)"*.

No entanto, como vem sendo demonstrado neste trabalho, os magistrados não costumam aplicar o disposto no artigo como primeira medida a ser tomada na busca da satisfação do credor, mas utilizam-se da multa diária, o que acaba estimulando a postura de inércia dos credores, sabedores de que pleitearão altos valores a título de astreinte diante do decurso de prazo sem o cumprimento da ordem, criando verdadeira "indústria da astreinte".

3.3. O STJ e a divergência de entendimento entre as Turmas

Conforme já foi visto, não há consenso ou parâmetros objetivos no que tange à fixação do valor da multa nos tribunais brasileiros. Dentro do mesmo tribunal, há divergência em relação aos parâmetros de fixação da astreinte.

Alguns órgãos judiciais entendem por limitar a multa ao valor da obrigação principal, outros analisam caso a caso e reduzem o valor sem critérios objetivos, enquanto outros sequer a reduzem, independente do montante milionário atingido, sob o fundamento de que o valor foi alcançado em razão da recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer a ela atrelada.

No entanto, é ainda mais grave a divergência de entendimento dentro do órgão que deveria ser o responsável justamente por uniformizá-lo, qual seja, o Superior Tribunal de Justiça.

Isso porque, em se tratando de Direito privado, são a Terceira e Quarta Turmas do STJ as responsáveis por julgar as questões atinentes à astreinte e, conforme sua atribuição constitucional (art. 105, II, c da CRFB), uniformizar o entendimento sobre o tema.

No entanto, o que se verifica na prática é que ambas as Turmas possuem entendimentos distintos quanto à avaliação dos valores impostos a título de astreinte, o que torna ainda mais controvertido o tema e ainda maior a insegurança jurídica quanto a sua aplicação.

Como se vê nos trechos abaixo, a Quarta Turma do STJ entende por avaliar o valor final atingido a título de multa e, caso seja exorbitante e desproporcional ao caso *sub judice*, reduzi-lo.

> (...) 3. Na hipótese, ficou caracterizada a exorbitância do valor executado a título de multa cominatória (R$ 84.500,00), diante das seguintes peculiaridades: a) o débito que originou a inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito era de R$ 153,65 (cento e cinquenta e três reais e sessenta e cinco centavos); b) a obrigação principal resultou na condenação de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais, em razão da inscrição indevida em cadastros de inadimplentes. Daí o provimento do recurso especial da agravada para reduzir o montante executado para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), tal como procedeu o Juízo de primeiro grau.[13]
>
> (...) Ocorre que, apesar da recalcitrância da recorrida em cumprir a decisão judicial quanto ao cancelamento do gravame (alienação fiduciária) anotado no órgão de trânsito, o valor da multa diária chegou ao importe de R$ 781.000,00, ao passo que o montante discutido na ação era de R$ 45.000,00. Assim, em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, o eg. Tribunal a quo houve por bem reduzi-la a 10% do valor que se acumulou. (...) o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que, em atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, é possível - e até mesmo necessária - a redução do valor das astreintes nas hipóteses em que a sua fixação ensejar multa com valor superior ao discutido na ação judicial em que foi imposta, a fim de evitar possível enriquecimento sem causa.[14]
>
> (...) 2. No caso concreto, tendo em vista o elevado valor total alcançado pela multa cominatória, o recurso especial foi provido para reduzir a quantia que penaliza a mora da agravada, levando em consideração as especificidades da causa, sem, contudo, propiciar o enriquecimento ilícito do agravante. Precedentes.[15]

13 STJ. AgInt no AREsp 1625951 / SE. Quarta Turma. Relator Ministro Raul Araújo. DJe 26/08/2020.

14 STJ. AgInt no AREsp 1661221 / SP. Quarta Turma. Relator Ministro Raul Araújo. DJe 20/10/2020.

15 STJ. AgInt no AgInt no AREsp 1256733 / BA. Quarta Turma. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. DJe 09/04/2019.

Assim, a Quarta Turma do STJ não analisa o valor imposto a título de multa diária, mas sim o montante final atingido, isso é, o valor executado. A Turma analisa se o montante é excessivamente elevado, principalmente quando comparado com a obrigação principal e, caso entenda ser desproporcional, reduz o valor executado.

Não analisa, portanto, o valor da multa diária imposta, não entrando no mérito se o valor diário foi excessivo ou insuficiente, que é exatamente o que faz a Terceira Turma daquela Corte.

> (...) 3. Para a apuração da razoabilidade e da proporcionalidade das astreintes, não é recomendável se utilizar apenas do critério comparativo entre o valor da obrigação principal e a soma total obtida com o descumprimento da medida coercitiva, sendo mais adequado, em regra, o cotejamento ponderado entre o valor diário da multa no momento de sua fixação e a prestação que deve ser adimplida pelo demandado recalcitrante. (...) 6. Tendo sido a multa cominatória estipulada em valor proporcional à obrigação imposta, não é possível reduzi-la alegando a expressividade da quantia final apurada se isso resultou da recalcitrância da parte em promover o cumprimento da ordem judicial. Precedentes.[16]
>
> (...) 4. A apuração da razoabilidade e da proporcionalidade do valor da multa diária deve ser verificada no momento da sua fixação, em relação ao da obrigação principal, uma vez que a redução do montante fixado a título de astreinte, quando superior ao valor da obrigação principal, acaba por prestigiar a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir a decisão judicial e estimula a interposição de recursos a esta Corte para a redução da sanção, em total desprestígio da atividade jurisdicional das instância ordinárias. Precedente.[17]

É possível verificar que os julgados da Terceira Turma expressamente afirmam a impossibilidade de que seja cotejado o valor final da multa com o valor da obrigação principal, como faz a Quarta Turma, mas que deve ser analisado o valor imposto originalmente a título de multa diária no momento de sua fixação.

16 STJ. REsp 1840693 / SC. Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 29/05/2020.

17 STJ. AgInt no AREsp 1517002 / RS. Terceira Turma. Relator Ministro Moura Ribeiro. DJe 18/12/2019.

Assim, o momento da distribuição do Recurso Especial é crucial para o resultado do julgamento, já que a Quarta Turma analisará o valor final atingido, cotejado com o valor da obrigação principal, enquanto que a Terceira Turma analisará a razoabilidade do valor imposto a título de multa diária.

3.4. A súmula 410 do Superior Tribunal de Justiça

Há, ainda, entendimento do Superior Tribunal de Justiça relacionado à necessidade de intimação pessoal do devedor para cumprir a obrigação de fazer, sob pena de inexigibilidade da multa a ela atrelada.

Esse é o teor da Súmula 410 do STJ, que dispõe que *"a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer"*.

Isso significa que a intimação do devedor por meio de seus advogados, como sói ser em relação aos atos processuais, não é suficiente, de modo que a multa não pode ser cobrada caso não haja a intimação pessoal do devedor.

O fundamento precípuo da exigência consagrada na Súmula 410 do STJ é a necessidade de certeza da ciência do devedor acerca da obrigação atrelada à multa, considerando o seu caráter cumulativo conforme o decorrer do tempo.

Conforme disposto em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Ceará, *" (...) a intimação pessoal do devedor, para cumprimento da obrigação de fazer, é condição necessária para a execução das astreintes em caso de inadimplemento, pois incumbe à parte – e não ao seu advogado – atender ao comando judicial de fazer ou não fazer."*[18] Contudo, duas são as problemáticas envolvendo a Súmula 410. A primeira delas é que, apesar do firme entendimento exposto, inclusive consolidado por meio da edição de um verbete sumular, há decisões proferidas pelos tribunais brasileiros que se recusam a aplicá-lo, sob o fundamento de que o entendimento sumulado se encontra superado.

No Tribunal de Justiça da Bahia, por exemplo, encontram-se entendimentos no sentido de que *"ainda que pairem posicionamentos ainda divergentes, entendo pela superação da Súmula 410 do STJ (...)"*.[19]

18 TJPE. Agravo de Instrumento 0000813-86.2016.8.17.9000. Segunda Câmara Cível. Relator Des. Alberto Nogueira Virginio. Data de Julgamento 09.05.2020.

19 TJBA. RECURSO N° 0209173-85.2019.8.05.0001. Terceira Turma Recursal. Data da Publicação 06/03/2021.

Como mais um exemplo, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de relatoria de Alexandre Freitas Câmara, entendeu pela:

> (...) Não aplicação do enunciado nº 410 da Súmula do STJ, que estabelece a necessidade de intimação pessoal do executado para que ocorra a incidência da multa por descumprimento. Superação legislativa do referido enunciado pelo art. 513, § 2º, I, do CPC/15, que prevê a suficiência da intimação do advogado para o início da fase de cumprimento de sentença. (...).[20]

No entanto, conforme exposto em acórdão julgado também pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a demonstrar novamente a disparidade de entendimentos dentro de um mesmo Tribunal, dessa vez pela Vigésima Quarta Câmara Cível, a Corte Especial do STJ já dirimiu essa questão, afirmando que o entendimento disposto na Súmula 410 permanece em vigor após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil:

> Tese dos consumidores de superação desse entendimento com o advento do CPC/2015 que não procede. Questão já dirimida pela c. Corte Especial do e. STJ por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.360.577/MG, Rel. p/ Acórdão Min.
>
> Luis Felipe Salomão ("PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. MULTA DIÁRIA. NECESSIDADE DA INTIMAÇÃO PESSOAL DO EXECUTADO. SÚMULA 410 DO STJ. 1. É necessária
>
> a prévia intimação pessoal do devedor para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer antes e após a edição das Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, nos termos da Súmula 410 do STJ, cujo teor permanece hígido também após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.[21]

O resultado disso é um enxame de Recursos ao Superior Tribunal de Justiça, visando a simples aplicação do entendimento uníssono daquela Corte.

A segunda problemática se refere aos casos em que após o longo decurso de prazo sem que haja o cumprimento da obrigação de fazer,

20 TJRJ. Agravo de Instrumento nº 0004007-35.2020.8.19.0000. Segunda Câmara Cível. Relator Des. Alexandre Freitas Câmara. Data da Publicação 16/06/2020.

21 TJRJ. Apelação nº 0001051-31.2014.8.19.0073. Vigésima Quarta Câmara Cível. Relator Des. Alcides da Fonseca. DJe 18/02/2021.

bem como do início do cumprimento de sentença de elevado montante a título de multa, esta é integralmente afastada, por não ter sido observada a Súmula 410, o que viola a efetividade dos atos processuais, além do princípio da economia e celeridade processuais.

3.5. Dos métodos alternativos para a satisfação da tutela pretendida

Já foram analisados alguns casos ao longo desse trabalho em que, no final, foi determinada a expedição de ofício ao órgão responsável para dar efetividade à prestação pretendida.

Defende-se neste trabalho, no entanto, que a expedição de ofício deveria ser aplicada não em última instância, isto é, após o descumprimento da ordem judicial imposta ao devedor, após o início do cumprimento de sentença referente à cobrança da astreinte e da apresentação de Impugnação pelo devedor, mas sim como primeira opção.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, editou o verbete sumular nº 144, que dispõe que nas demandas que versem sobre cancelamento de protesto, de indevida inscrição em cadastro restritivo de crédito e de outras situações similares que envolvam o cumprimento de obrigações de fazer fungíveis, *"(...) a antecipação da tutela específica e a sentença serão efetivadas através de simples expedição de ofício ao órgão responsável pelo arquivo dos dados."*

Tal diligência deve ser considerada principalmente nos casos em que o devedor vai aos autos se manifestar sobre a impossibilidade de cumprimento daquela obrigação, requerendo expressamente a expedição de ofício. Não há, portanto, inércia, desídia ou descaso do devedor com a decisão judicial, mas sim expressa manifestação no sentido de que não consegue cumprir determinada obrigação, requerendo expressamente que ela seja cumprida por outros meios.

No caso abaixo, julgado pelo Tribunal do Mato Grosso, a Terceira Câmara de Direito Privado deu provimento ao Agravo de Instrumento interposto, afastando integralmente a multa de R$135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais) cobrada em razão da impossibilidade de cumprimento da obrigação de fazer imposta.

No acórdão consta que "verifico que a agravante solicitou em 28.07.2016 a expedição de ofício ao Detran/SP para determinar a baixa, o que não foi observado pelo juízo a quo". O Agravo foi julgado em maio de 2018, de modo que o Autor permaneceu dois anos sem a prestação pretendida, mesmo que com expressa manifestação do devedor no sentido de que não poderia cumpri-la.

O acórdão afastou a multa cobrada e determinou a expedição de ofício ao Detran para efetuar a baixa do gravame pretendida.[22]

4. CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que apesar de a natureza coercitiva da astreinte, e seu intuito de ser mero meio de compelir o devedor a cumprir uma decisão judicial que determine a obrigação de fazer ou não fazer, a aplicação da multa na prática não tem sido uma medida efetiva. Além de ter se transformado em uma "indústria da astreinte", de modo que os exequentes se mantêm inertes durante um longo período para, ao final, pleitear valores astronômicos a título de multa, sendo fonte de enriquecimento sem causa, tem gerado insegurança jurídica decorrente da divergência do tema entre os tribunais brasileiros e dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Assim, é necessário que os magistrados e os tribunais comecem a adotar outros meios para a satisfação do exequente, como a legislação processual expressamente autoriza. A expedição de ofício a órgãos como DETRAN, INSS, SPC e SERASA, são exemplos de medidas de simples adoção pelo magistrado e que são muito mais eficazes à satisfação do exequente do que a determinação da obrigação de fazer às empresas litigantes.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, por não gerar efeitos com repercussão no mundo dos fatos, mas apenas ressarcitórios e intimidatórios, a multa deve guardar feição de última *ratio*, devendo o magistrado considerar que a legislação processual prevê uma série de medidas mais eficazes, que significam a pronta satisfação do direito do demandante.

A conclusão é, portanto, de que tais medidas deveriam ser mais implementadas pelos magistrados, em detrimento da imposição da multa, já que, como demonstrado, não é medida eficaz à satisfação do exequente e possui, como consequências, uma série de problemas de difícil solução.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1367212. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DjE 01/08/2017. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/. Acesso em 25/10/2020.

22 TJMT. Agravo de Instrumento 0000736-91.2018.8.11.0000. Terceira Câmara de Direito Privado. Relator Dirceu dos Santos. Julgado em 16/05/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 410. Segunda Seção. DJe 16/12/2009. Rep. DJe 03/02/2010.

DE ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 2ª ed. Em e-book. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016

DIDIER JUNIOR, F. *et. al. Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Salvador. Editora Jus Podivm, 2017.

GAJARDONI, F.F *et. al. Execução e Recursos. Comentários ao CPC de 2015*. 2ª ed. São Paulo. Editora Método, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado.* 3ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* Volume III. 47ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 20ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2016.

UMA ANÁLISE DAS ASSINATURAS E CONTRATOS ELETRÔNICOS E A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA DA SOCIEDADE BRASILEIRA

DO CABO, Álvaro Vicente Graça Truppel Pereira[1]
FILHO, Marcelo Rodrigues Coutinho[2]
SILVA, Gabriel Pereira da[3]

1 Doutor em História Comparada PPGHC/UFRJ e docente da UCAM nos cursos de Direito e História. Professor substituto no curso de Comunicação Social UERJ em 2009. Mestre em Comunicação Social no PPGCOM- UERJ. Possui graduação em História pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1996), advogado, formado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2004) e Bacharel em Francês - UNIVERSITÉ NANCY III (1999). Tem experiência nas áreas de História, Comunicação, Direito e Sociologia com ênfase em História da América, Contemporânea e Relações Internacionais, disciplina na qual possui Especialização e em pesquisas acadêmicas sobre esporte. Autor de diversos artigos acadêmicos e organizador do livro "Copas do Mundo. Comunicação e Identidade Cultural no país do futebol" (EDUERJ-2014). Membro dos grupos de pesquisa Sport/UFRJ e Esporte e Cultura/UERJ. E-mail: alvarodocabo@yahoo.com.br

2 Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM). E-mail: marcelo.rcoutinho22@gmail.com

3 Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Membro do grupo de pesquisa Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissional (PCRCAP/UCAM). E-mail: gps_rj@hotmail.com.

RESUMO

A evolução tecnológica tem atingido cada vez mais o mundo jurídico brasileiro, como demonstra, por exemplo, a recente promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados. No direito contratual a "novidade", são os contratos e assinaturas eletrônicos, que são utilizados para substituir os arcaicos contratos físicos e assinaturas "mecânicas", de forma a dar validade e ciência a determinado negócio jurídico. Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo investigar a validade dos contratos e das assinaturas eletrônicas no âmbito do direito processual. As investigações farão uso da modalidade de pesquisa bibliográfica, se valendo da doutrina e da jurisprudência para responder às questões suscitadas ao longo do trabalho.

Palavras-chave: Assinaturas Eletrônicas; Assinaturas Digitais; Contratos Eletrônicos; Fato Social; Direito Contratual.

1. INTRODUÇÃO

O Direito ao ser evidenciado como um fato social, manifesta-se "como uma das realidades observáveis na sociedade" (ROSA, 1996, p. 57). Dessa forma, o fenômeno jurídico é percebido como um objeto condicionado pela sociedade e ao mesmo tempo condicionante da mesma, seu objetivo é garantir o controle social por meio da norma jurídica, em busca de uma possível coexistência da sociedade.

Todavia, a dinamicidade evolucional da sociedade nem sempre é acompanhada de perto pelo Direito; esse fato é, por exemplo, evidenciado na crescente evolução tecnológica do mundo contemporâneo que não tem sido acompanhada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido se inserem os contratos eletrônicos e as assinaturas eletrônicas, os quais, embora já presentes na prática social e empresarial brasileira, tendo sido ainda mais utilizados no contexto da pandemia do vírus covid-19, ainda não são devidamente regulados pelas normas jurídicas existentes.

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo investigar o entendimento adotado no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere a esses institutos, sobretudo o seu tratamento no âmbito do direito processual.

Serão investigadas as normas de direito material que tratam da matéria, bem como sua evidenciação na prática judicativa dos Tribunais levando em consideração a virada tecnológica do processo.

2. METODOLOGIA

Para se chegar aos resultados propostos, se recorrerá à modalidade de pesquisa bibliográfica, fazendo o uso de doutrinas jurídicas brasileiras, bem como o uso de artigos científicos e trabalhos que se mostrarem pertinentes aos temas abordados. Outrossim, serão investigados os entendimentos jurisprudenciais adotados pelo Superior Tribunal de Justiça no tocante às questões analisadas.

A pesquisa terá um caráter majoritariamente descritivo-exploratório, pois se preocupará com a atuação prática das assinaturas e contratos eletrônicos.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

O diploma civil do direito contratual está em constante evolução, principalmente quando analisamos através de uma visão contemporânea. A globalização e a evolução e expansão dos equipamentos eletrônicos,

principalmente da internet, tornou esse diploma não somente mais amplo, como também mais nebuloso.

Cada vez mais surgem novas modos de se contratar um serviço ou serviços diferentes para serem contratados e, agora mais que nunca em um momento em que o indivíduo não pode se deslocar para locais para concretizar negociações ou aceitações de negócios jurídicos, estes recorrem aos citados equipamentos eletrônicos para suprir esta demanda, e tornar de um modo geral a vida mais simples para ambas as partes da relação, tanto de quem contrata, quanto de quem é contratado. Assim se desenvolvem os contratos eletrônicos, sua importância e presença no cotidiano do cidadão médio, da pequena empresa e da grande corporação.

Todavia, como dito anteriormente, as diversas formas e possibilidades de contratações de bens e serviços tornam a existência e a validade destes contratos eletrônicos um ambiente nebuloso para a exploração.

Ainda existe muito receio acerca da utilização desta modalidade de contratos, ainda que sejam a solução que muitos procuram para tornar suas atividades mais práticas.

Ora, quando se firma um contrato, não importa se tratar de uma pessoa física ou jurídica, o que mais importa na contratação é ver o negócio jurídico materializado naquele documento tomar forma, é ver o negócio jurídico concretizado.

A garantia de que este negócio jurídico acontecerá realmente, além de pautar-se na boa-fé das partes, pauta-se também na possibilidade de solução jurisdicional do ocorrido. Isto é, caso o pior aconteça, e a outra parte não cumpra com o acordado, qualquer uma delas poderá recorrer ao poder judiciário para solucionar esta demanda. E, é neste momento que a odisseia da batalha da validade dos contratos eletrônicos e o poder judiciário toma forma.

4. OS CONTRATOS ELETRÔNICOS NO PROCESSO CIVIL

Dentro do Processo civil, os contratos, no geral, podem ser utilizados de duas formas diferentes: Título Executivo Extrajudicial e Prova Documental. No geral sua utilização sempre depende do mesmo pré-requisito: a validade; que por sua vez dependerá das assinaturas destes documentos. Tratando-se de documentos eletrônicos, consequentemente, a sua validade irá variar de acordo com suas assinaturas eletrônicas e suas diferentes validades, de acordo com o que será exposto posteriormente.

O rol dos Títulos Executivos Extrajudiciais encontra-se no artigo 784 do CPC. Os contratos que podem ser Títulos Executivos Extrajudiciais são: as escrituras públicas e outros documentos públicos assinados pelo devedor (inciso II); o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas (inciso III); os contratos garantidos por direitos reais de garantia ou caução (inciso V); o contrato de seguro de vida em caso de morte (inciso VI); e os contratos de locação que comprovem créditos de aluguel ou encargos acessórios (inciso VIII).

Todos estes citados acima já comportam a modalidade eletrônica, variando apenas quanto à sua assinatura eletrônica. As escrituras públicas, por exemplo, tiveram as suas assinaturas eletrônicas regulamentadas pela recém-publicada Lei nº 14.063/2020, que tem por intuito regulamentar o uso das assinaturas eletrônicas nas interações com entes públicos.

Com relação aos demais documentos particulares, citados acima, ou que possuírem eficácia executiva conferida por disposição expressa da lei (inciso XII), terão suas assinaturas eletrônicas validadas nos termos da MP nº 2.200.2, que vigora até o presente momento, regulando a autenticidade, a integridade e a validade jurídica dos documentos em forma eletrônica.

A problemática com relação aos contratos eletrônicos e suas assinaturas e utilização como título executivo extrajudicial começa, em primeiro plano, no fato de que nem todos os contratos eletrônicos poderão ser efetivamente títulos executivos extrajudiciais.

Como dito, o rol de contratos eletrônicos é extremamente vasto e em constante expansão, e em sua maioria não se adequam ao rol dos documentos citados acima, além de a maioria não versarem sobre os diplomas citados acima (locação, garantia, seguro etc), a maioria destes não possuem a assinatura de duas testemunhas, requisito básico para a adequação ao inciso III do art. 784 do CPC, por exemplo.

Isto é, se uma pessoa física e/ou jurídica deseja firmar um contrato eletrônico na compra de um produto pela internet por meio de uma grande rede de comércio, por exemplo, caso esta não veja seu negócio jurídico concretizado, não poderá ingressar com uma ação de execução, pois não possuirá um título executivo extrajudicial, ou então, caso esta pessoa possua interesse em firmar uma contratação de uma prestação de serviços, para que se possa garantir a possibilidade de recorrer à tutela jurisdicional, deverá passar por todo processo de assinar o documento eletronicamente com outras duas pessoas; o que, a depender da modalidade de assinatura eletrônica, e o quão questionável ela é perante a autoridade judiciária, poderá gerar um entrave burocrático para as partes

contratante que deverão adquirir certificado digitais até mesmo para as testemunhas, por exemplo; ou a assinatura eletrônica não irá alcançar a validade que se espera dela.

Isto, por si só, gera um entrave na utilização dos contratos eletrônicos. Uma pessoa física ou jurídica no momento de contratação em que se está analisando os riscos, ao vislumbrar a possibilidade de socorro da autoridade judicial, poderá encontrar a pedra no caminho de não poder utilizar o documento como título executivo, sendo este apenas uma prova documental a ser usada num possível processo de conhecimento.

Com relação ao contrato eletrônico utilizado como prova documental no processo civil, a ele se aplica, por analogia, o disposto nos artigos 439 ao 441 do Código de Processo civil, que tratam dos documentos eletrônicos utilizados como prova documental.

Em uma interpretação do art.440 do CPC em conjunto com o art. 439, pode se obter o resultado que os documentos eletrônicos podem ser utilizados no processo civil, desde que possa ser verificada a sua autenticidade.

Com relação à autenticidade dos documentos, estes serão considerados autênticos, na forma dos incisos do art. 411 do CPC, quando a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal, ou seja, legislativamente reconhecido, inclusive eletrônico, ou, caso não haja impugnação da parte a quem o documento foi produzido contra.

Assim, sendo de interesse das partes contratantes a elaboração de um contrato eletrônico, caso este somente possa ser utilizado como prova documental no processo civil, seguindo os atuais parâmetros jurídicos, estas dependerão, ainda, de termos inconstantes e nebulosos (entendimento judicial; a não alegação de invalidade do documento).

A depender do caso, terão, inclusive, que destinar tempo e dinheiro com problemas que não existiriam caso o documento fosse físico - como nas assinaturas eletrônicas das testemunhas, por exemplo.

Em suma, as partes irão vislumbrar, independente da forma que o documento puder ser utilizado no processo civil, diversos entraves, dificuldades e preocupações que não existiriam com um documento físico e uma assinatura mecânica.

Esta burocratização da utilização do documento eletrônico no processo civil acaba por distanciar a pessoa, seja ela jurídica ou física, da implementação de documentos eletrônicos em seu cotidiano.

Isto não quer dizer que o documento eletrônico ou sua assinatura não sejam válidos, muito pelo contrário, além da validade legal conferida a esses documentos, existem entendimentos doutrinários e jurisprudenciais

entendendo pela validade desses documentos. O fato é, caso o cidadão comum ou o pequeno ou grande empresário, que desejar firmar um contrato eletrônico, seguindo os atuais parâmetros do ordenamento jurídico brasileiro, ao analisar os riscos desta contratação irá verificar que, invariavelmente, caso necessite da solução judicial para sua demanda, dependerá da validade deste contrato, i.e., dependerá da assinatura eletrônica conferida ao contrato, que até o momento, como será evidenciado, não possui uma regulamentação adequada.

5. AS ASSINATURAS ELETRÔNICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de passarmos à análise do ordenamento jurídico, prescinde-se primeiro da conceituação e diferenciação de assinaturas eletrônicas e digitais, sendo elas:

> Assinatura Eletrônica - Gênero, ou categoria, referente a todos os métodos para assinar (ou validar) um documento eletrônico ou identificar uma pessoa. Pode ser, por exemplo, o escaneamento da assinatura feita de próprio punho, ou uma senha, o uso de impressão digital ou, ainda, a assinatura digital.
>
> Assinatura Digital - Se diferencia das demais assinaturas eletrônicas por usar criptografia e se vincula ao documento eletrônico de forma que, se o mesmo for alterado, a assinatura se torna inválida. Necessita de um Certificado Digital, emitido por uma Autoridade Certificadora. (CASTRO, 2020, SML BLOG)

Seguindo pela ordem cronológica, a primeira legislação a ser analisada será a MP nº 2.200-2, a mais antiga legislação brasileira a tratar das assinaturas eletrônicas, bem como a única que regulamenta estas na relação ente privado-ente privado, datada de 24 de agosto de 2001, estruturando a ICP-Brasil (Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira) que, nos termos do artigo 1º da referida lei, garante a autenticidade, a integridade e a validade jurídica.

Um ponto importante para a discussão em análise é que, existem certificados digitais (modalidade de assinatura digital) que são emitidos por entidades associadas à ICP-Brasil, e aqueles que são emitidos por outros agentes, que não estão associadas à ICP-Brasil.

Segundo o art. 10 §1º da referida legislação, aqueles documentos eletrônicos, públicos ou particulares, assinados por certificado digitais

emitidos por entidades associadas à ICP-Brasil, terão sua autenticidade, integridade e sua validade jurídica presumidas em relação à seus signatários (efeito *inter* partes), i.e, em caso da necessidade de utilização de um documento assinado por certificado digital emitido pela ICP-Brasil, por exemplo, este será uma prova documental que dependerá da comprovação de sua falsificação para ser invalidado, possuindo presunção de veracidade, mas ainda assim não constituirá título executivo, a menos que se enquadre no rol citado no capítulo anterior.

Entretanto, a Medida Provisória, não restringe a validade das assinaturas eletrônicas apenas aos documentos que sejam assinados por certificados digitais ICP- Brasil. No §2º do mesmo diploma legal citado acima, é estabelecido que poderão ser utilizados outros meios de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, ainda que se tratando de certificados digitais não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

Ocorre que nesta hipótese não há a presunção de autenticidade, ou seja, os documentos assinados por certificados digitais não emitidos pela ICP-Brasil, serão reputados como válidos caso ambas as partes informem que estão de acordo com a utilização dessas assinaturas. Entretanto, sobre esse consentimento ou sobre a própria assinatura, poderá ser alegada um vício.

Os contratos eletrônicos por natureza são uma tentativa de desburocratização e facilitação da contratação de bens e serviços, sem que sejam necessários os gastos com tempo e deslocamento para negociação e aceitação do contrato.

Entretanto, justamente por não existir essa presença, ou seja, por se tratar de um negócio jurídico em que há, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (p.383, 2019), "a despersonalização da relação jurídica, a simultaneidade ou atemporalidade da oferta e da aceitação, a desterritorialização da contratação, efetivada em 'território virtual'" acaba por impactar na *credibilidade* da relação contratual, i.e., impacta na validade do contrato perante terceiros, estando o próprio poder judiciário incluído nesse rol.

Assim, para que essa relação jurídica possua uma maior *credibilidade*, diante das diversas possibilidades de falsificação desses documentos, é necessária uma comprovação de validade que transfira a estes uma certa credibilidade, no caso, os certificados digitais.

Ocorre que, por se tratar de uma modalidade de assinatura que demanda mais pré-requisitos (emissão por instituição regulamentada), esta ainda que possua maior credibilidade, acaba por ir de encontro a natureza do contrato eletrônico, que é a desburocratização e facilitação do processo de contratação do negócio jurídico.

Destarte, verifica-se a existência de um paradoxo, o qual ocorre no momento em que o contrato eletrônico, que possui a praticidade e a desburocratização como pré- requisito para sua utilização, demanda de um certificado digital, segundo o atual ordenamento jurídico brasileiro, para alcançar uma presunção de validade.

Outra norma legal que merece ser analisada é a Lei nº 14.063/2020, cujo objetivo é regulamentar o uso das assinaturas eletrônicas. Todavia, somente nas interações com os entes públicos. No artigo 2º desta lei, é citado que as assinaturas eletrônicas referidas poderão ser utilizadas nas relações internas dos órgãos públicos, entre pessoas físicas ou jurídicas e os entes públicos ou em relações entre os entes públicos, não se aplicando, porém, aos processos judiciais.

Uma inovação é a regulamentação das assinaturas eletrônicas e seu processo de utilização e validação, ainda que não nas relações privadas, tendo seus conceitos delineados no art. 3º e sua classificação no art. 4º, o qual conceitua as assinaturas eletrônicas como "os dados em formato eletrônico que se ligam ou estão logicamente associados a outros dados em formato eletrônico e que são utilizados pelo signatário para assinar, observados os níveis de assinaturas apropriados".

Em outras palavras, a depender da classificação do tipo de assinatura eletrônica, ela será destinada para um ato diferente. Atos que possuam maior impacto na vida cotidiana, demandam, então, de assinaturas eletrônicas com um nível maior de confiabilidade. As assinaturas eletrônicas expressão na referida legislação são divididas em: (i) simples; (ii) avançada; e (iii) qualificada.

As assinaturas simples são aquelas que permitem ao signatário ser identificado e que anexam ou associam dados a outros em formato eletrônico do signatário, estas estariam destinadas para "transações que não envolvam informações protegidas por sigilo, permitindo a conferência de dados pessoais básicos, como nome, endereço e filiação" (Time Bl Consultoria, 2020, n/p).

As assinaturas avançadas são aquelas previstas no art. 10 §2º da MP nº 2.200-2, sendo aquelas que utilizam certificados digitais, ainda que não emitidos pela ICP-Brasil, tratando-se de algum outro meio de

comprovação da autoria e da integridade de documentos em forma eletrônica, mas foram admitidas pelas partes como válidas.

O que diferenciam as assinaturas eletrônicas avançadas das assinaturas eletrônicas simples, são as características delimitadas nas alíneas "a", "b" e "c' do art. 4º, inciso II, da Lei nº 14.063/2020, sendo eles: a associação desta ao signatário de maneira unívoca; a utilização de dados que serão operados exclusivamente pelo signatário, desde que se mantenha um elevado nível de segurança; e que esteja associada ao documento de maneira que, em caso de qualquer alteração posterior, esta será detectável.

Por último, as assinaturas eletrônicas qualificadas são aquelas que utilizam certificado digital emitido pelo ICP-Brasil, na forma do art. 10 §1º da MP nº 2.200-2.

Estas classificações e conceituações tratam-se de uma brilhante inovação jurídica, principalmente no que tange a conferir aplicação a variar de acordo com o tipo de documento eletrônico a ser assinado.

Infelizmente, a citada lei se limita a ditar as regras das assinaturas eletrônicas nas relações com entes públicos, todavia, por si só, já evidencia uma preocupação legislativa com a normatização desses requisitos de validade, ao passo em que agravam a necessidade urgente de uma regulamentação dessas assinaturas nas relações privadas.

Outro diploma normativo que merece ser referenciado é o Projeto de Lei nº 4.906/2001, que, infelizmente, não evoluiu para ser promulgado. O mesmo não versa somente acerca das assinaturas eletrônicas, mas do comércio eletrônico no geral, incluindo, para tanto, os documentos eletrônicos e suas assinaturas.

A ideia de regulamentar o comércio eletrônico, aparentemente utópica, foi feita com maestria ao longo do projeto, cujo objetivo, segundo sua justificativa, era, dentre outras que:

> 10. Não há, no Brasil, lei tratando do documento eletrônico ou da assinatura digital. Nem há projetos dispondo sobre essas matérias. As normas tradicionais sobre documentos restringem-se hoje àqueles apostos em suportes físicos – em geral, papel -, e poderiam sofrer debate intenso até que se estabelecesse servirem ou não ao documento eletrônico. Mais grave ainda é a situação da assinatura digital, já que, neste caso, a falta de regulamentação própria que considerasse inclusive os aspectos de segurança poderia levar a graves distorções em seu emprego.

> 11. Por outro lado, também não temos leis dispondo sobre o comércio eletrônico, o que parece fundamental, para criar a segurança jurídica imprescindível aos empresários e aos consumidores, para seu melhor desenvolvimento. (BRASIL, 2001, n/p)

Apesar de possuírem excelentes ideias existem alguns pontos críticos que seriam contraproducentes no referido diploma legal.

Em seu artigo 22, presente no capítulo que discorre sobre a falsidade dos documentos eletrônicos, este constata que

> O juiz apreciará livremente a fé que deva merecer o documento eletrônico, quando demonstrado ser possível alterá-lo sem invalidar a assinatura, gerar uma assinatura eletrônica idêntica à do titular da chave privada, derivar a chave privada a partir da chave pública, ou pairar razoável dúvida sobre a segurança do sistema criptográfico utilizado para gerar a assinatura. (BRASIL, 2001, n/p)

Ora, apesar de o diploma normativo em um primeiro momento se demonstrar adequado a validade do documento ficará à mercê do entendimento judicial, ao passo que não há neste diploma normativo uma classificação e regulamentação dos tipos de assinaturas eletrônicas e sua classificação. Incerteza é algo que sempre não se pretende quando da assinatura de um contrato.

A *posteriori*, apesar de o diploma regulamentar os contratos eletrônicos e os negócios jurídicos digitais, o mesmo, ao conceituar sua efetividade, dita que estes somente serão válidos se possuírem assinaturas digitais. Isto é, na medida em que o projeto de lei dá um passo adiante na regulamentação dos negócios digitais, dá um passo atrás ao restringir a validade dos contratos eletrônicos apenas aqueles que possuírem assinaturas digitais, como evidenciado pelo Capítulo I, do Título III da norma referenciada. Como citado anteriormente, apesar de não serem propícias à falsificação, ou seja, apesar de terem maior força probatória, as assinaturas digitais, constituídas pelos certificados digitais possuem diversos requisitos que são um entrave para o cidadão comum ou para uma empresa de pequeno porte.

Além disso, segundo o citado diploma legal, a chave de assinatura somente possuiria presunção de autenticidade caso fosse emitida por tabelião. Isto é, ainda que o documento fosse assinado por um certificado de chave pública, - caso esta fosse emitida por uma empresa privada ou particular - este documento não possuiria presunção de autenticidade perante terceiros e, por conseguinte, não poderia ser utilizado para uma execução

de título extrajudicial, por exemplo. Devendo passar por uma ação de conhecimento prévia, para que então o título fosse dotado de autenticidade, constituindo, mais uma vez, um entrave para o uso do cidadão comum

Esta lei sendo sancionada, ainda que possua entraves e dificuldades para o cidadão comum, apresentaria dois impactos na sociedade contemporânea: ou as empresas iriam adequar seu processo interno para dar efetividade à esta legislação, o que, por sua vez, difundiria a utilização de documentos e assinaturas eletrônicas; ou seria o último prego no caixão dos documentos eletrônicos que, por seu excesso de dificuldade na utilização e normatização prejudicial, acabariam por entrar em desuso, quando as empresas retornariam de vez para a assinatura manual.

6. A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA DA SOCIEDADE BRASILEIRA E OS NEGÓCIOS ELETRÔNICOS

A problemática acerca da utilização, continua a mesma desde 2001, como demonstrado pela justificativa para o Projeto de Lei nº 4.906/2001:

> 1. Os avanços tecnológicos têm causado forte impacto sobre as mais diversas áreas do conhecimento e das relações humanas. O comércio eletrônico representa um dos exemplos mais significativos dessa verdadeira revolução social.
>
> 2. O direito, por sua vez, tem por uma de suas principais características o hiato temporal existente entre o conhecimento das mudanças sociais, sua compreensão, as tentativas iniciais de tratá-las à luz de conceitos tradicionais e, finalmente, a adoção de princípios próprios para regular as relações que delas resultam.
>
> Essa característica, que tem o grande mérito de assegurar a segurança jurídica mesmo nas grandes revoluções sociais, encontra, porém, na velocidade com que a tecnologia as têm causado, também seu impacto, requerendo seja menor o tempo necessário para adoção de disciplina para as novas relações sociais. (BRASIL, 2001, n/p)

Em suma, todos os diplomas normativos citados acima possuem boas ideias e elementos que, de certa forma, ajudariam a difundir a segurança sobre os negócios jurídicos formados de maneira eletrônica na sociedade brasileira.

Entretanto, até o momento ainda não foram regulamentados de maneira apropriada e abrangente as relações digitais, os documentos que as evidenciam e os requisitos de validade dos citados documentos.

O STJ ao julgar o RESP 1.495.920 reconheceu eficácia de título executivo para um contrato eletrônico, mesmo que este não possuísse a assinatura das testemunhas, eis que a não presença destas, por si só, não afastariam a autenticidade e veracidade do documento, reconhecendo, inclusive, a importância econômica e social desses acordos firmados *on-line* nos dias atuais. Entretanto, um dos ministros presentes no julgamento, o ministro Moura Ribeiro, em outra ação, já havia se manifestado contra a execução de contratos eletrônicos. Isto evidencia a maleabilidade do judiciário, que pode mudar de entendimento a qualquer momento, e não confere segurança para aqueles que pretendem firmar um contrato digital.

Como citado acima, a legislação estabelece que, a menos que conferida executividade por lei, caso o documento não esteja presente no rol do art.784 do CPC, este não poderá ser utilizado como título executivo. O judiciário, entretanto, como citado confere a executividade por meio de um entendimento jurisprudencial, o qual está suscetível a mudanças

O hiato temporal entre mudança social e mudança normativa, continua ocorrendo até o momento. O contratante precisa confiar e dar credibilidade a essa modalidade de negócio e contratação, para que este seja difundido na sociedade brasileira. Agora mais que nunca, em meio a pandemia, resta clara a urgência da regulamentação desse tipo de contratação, para que essa segurança, fundada na possibilidade de jurisdicionalização destes documentos, possa ser garantida.

Nas palavras de Bruno Josino (2016, s/p): "eis o grande desafio do mundo jurídico: acompanhar a evolução tecnológica, compreender os institutos envolvidos e regular as relações entre os indivíduos no novo mundo digital.".

Este é o entendimento também de Carlos E. Elias de Oliveira e Hercules Alexandre da Costa Benício (2020, s/p) que argumentam:

> [...] entendemos que a doutrina, a jurisprudência e a legislação precisam avançar para recepcionar a nova Era de despapelização dos atos jurídicos e, nesse sentido, erguemos os seguintes enunciados e proposições: [...] O legislador deve adaptar a legislação para afastar dúvidas interpretativas acerca do valor jurídico dos documentos eletrônicos, a exemplo da conveniência de deixar explícito que os documentos eletrônicos se encaixam entre os títulos executivos extrajudiciais indicados nos incisos II (escritura pública) e III (documento particular) do art. 784 do CPC.

O direito é fato social, e por ser fato social, transforma-se pela sociedade e a transforma em consequência. Logo, da mesma forma com que a mudança social que indica caminhos para a digitalização dos negócios jurídicos, traz a necessidade de regulamentação desses negócios para perto do palco, a própria regulamentação seria o último empurrão necessário para que a sociedade finalmente apresentasse para os negócios digitais.

7. CONCLUSÕES

Em que pese o atual código de processo civil ter adotado um modelo misto em relação aos processos físicos e eletrônicos (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 741), ainda pairam diversas dúvidas e omissões em relação a alguns procedimentos.

Uma dessas incertezas jurídicas está relacionada a validade das assinaturas e contratos eletrônicos, os quais influenciam e muito a prática judicativa dos Tribunais, uma vez que tais institutos repercutem diretamente na seara da tutela jurisdicional executiva e no âmbito das provas produzidas em um processo.

Por outro lado, embora os Tribunais possam vir a divergir em relação a validade ou não das assinaturas digitais, uma das novidades trazidas no código de processo civil são os chamados negócios processuais, previstos no art. 190 do CPC. Este instrumento abre a discussão sobre a validade das convenções feita pelas partes no âmbito do direito processual.

A partir desses apontamentos, a pesquisa chega aos resultados preliminares de que embora a legislação seja omissa em de fato regular os contratos e as assinaturas eletrônicas em toda a sua completude, o código de processo civil permite as partes firmarem convenções processuais atípicas, revelando assim uma possível abertura para a validação dos contratos e assinaturas eletrônicas dentro do processo para fins de execução ou provas, por exemplo.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARABI, Abher Youssif Mota. *Direito e tecnologia*: relação cada vez mais necessária. AB2L, 17 de jul. de 2018. Disponível em: https://ab2l.org.br/direito-e-tecnologia- relacao-cada-vez-mais-necessaria/. Acesso em: 21 set. 2020.

CASTRO, Bruna Amaral. *Qual a diferença entre assinatura eletrônica e assinatura digital?* Disponível em: https://blog.smlbrasil.com.br/qual-a-diferenca-entre--assinatura- eletronica-e-assinatura-digital/. Acesso em 3 jan. 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*: execução. 7. ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Cudo de Direito Civil*: contratos – teoria geral e contratos em espécie. 9. ed. Salvador: JusPodvim, 2019.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Sociologia Jurídica*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JENSEN, Vinicius de Souza; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. *Direito e novas tecnologias: o desafio jurídico diante das relações de consumo na internet*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=98b17f068d5d9b76. Acesso em 21 set. 2020.

JOSINO, Bruno. A evolução da tecnologia e o direito positivado: o mundo digital e o Estado-Juiz. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-150/a-evolucao-da-tecnologia-e-o-direito-positivado-o-mundo-digital-e-o-estado=-juiz/#:~:text-0-,A%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20tecnologia%20e%20o%20direito%20positivado%3A%20o,digital%20e%20o%20Estado%2DJuiz&text=Resumo%3A%20O%20objetivo%20do%20presente,utilizada%20como%20ambiente%20de%20refer%C3%AAn cia. Acesso em: 21 set. 2020.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinad. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2020.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. *Assinatura eletrônica nos contratos e em outros atos jurídicos*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/7/D9D8EEE25CA703_contratuais.pdf. Acesso em 2 fev. 2021.

OLIVEIRA, Mariana. *STJ reconhece a validade de contratos digitais para execução de dívida*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/stj-reconhece-validade- contratos-digitais-executar-divida. Acesso em 2 jan. 2021.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Contratos digitais: apenas um meio ou nova modalidade contratual?* Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-jul-29/patricia-peck- contratos-digitais-sao-modalidade-contratual. Acesso em 23 set. 2020.

RAMALHO, Cleidineia; REALE, André; PEDRON, Flavio Quinaud. *Uma análise sobre a influência do desenvolvimento tecnológico no Direito*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mar-29/opiniao-influencia-desenvolvimento-tecnologico-direito. Acesso em 2 fev. 2021.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do Direito*: o fenômeno jurídico como fato Social. 12. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996

SIMONATO, Amanda Caroline Nogueira. *A validade dos contratos assinados eletronicamente*. Migalhas, 26 de abr. de 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/301092/a-validade-dos-contratos-assinados-eletronicamente. Acesso em: 21 set. 2020.

SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de. *Assinatura digital: segurança e prova nas contratações eletrônicas*. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-67/assinatura-digital-seguranca-e-prova-nas-contratacoes-eletronicas/. Acesso em 10 nov. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

VIEIRA, Artur Diego Amorim. *Anotações de processo civil*. Rio de Janeiro: Edição informal, 2017.

O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA COMO POSSÍVEL INSTITUTO PREVENTIVO DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

RASGA, Mariana de Freitas[1]
GÓES, Guilherme Sandoval[2]
FARIAS, Everson Batista[3]
RIBEIRO, Yasmim Cristini dos Santos[4]

1 Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Professora Auxiliar da Universidade Estácio de Sá e da Universidade Veiga de Almeida. Pesquisadora do Programa de Pesquisa Produtividade da Universidade UNESA. E-mail: mfrasga@hotmail.com.

2 Pós-doutor em geopolítica, Cultura e Direito pela UNIFA. Doutor e Mestre em direito pela UERJ. Professor emérito da ECEME. Professor e membro do fórum permanente de direitos humanos da EMERJ. Docente do programa de mestrado da ESG e da UNIFA. Professor da UCAM. E-mail: guilherme.sandoval@terra.com.br.

3 Graduando em direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA), Pesquisador pelo Programa de Iniciação Científica (PIC) da Universidade Veiga de Almeida, da linha de pesquisa Direito, Constituição e Cidadanias, orientado pela Professora Doutora Mariana Rasga. E-mail: eversonbatista567@gmail.com.

4 Graduanda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA), Pesquisadora pelo Programa de Iniciação Científica (PIC) da Universidade Veiga de Almeida, da linha de pesquisa Direito, Constituição e Cidadanias, orientada pela Professora Doutora Mariana Rasga. E-mail: yasmimsantoos34@gmail.com.

RESUMO

O artigo busca relacionar o instituto do Incidente de Deslocamento de Competência (IDC) com a atuação do Superior Tribunal de Justiça por meio de estudo de casos, a fim de responder se o fenômeno de federalização seria um instrumento capaz de evitar que o Estado brasileiro sofra condenações internacionais. Nessa conjuntura, cabe salientar que o Brasil está vinculado aos tratados que se comprometeu, o que confere ao país uma série de deveres e obrigações em relação à proteção dos direitos humanos. Assim, o estudo busca apresentar um potencial diálogo entre cortes, destacando o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o STJ. A pesquisa adotou procedimentos metodológicos a partir da análise bibliográfica e doutrinária, assim como estudo de casos, das decisões dos tribunais e da legislação nacional e internacional. Como resultado mais expressivo busca-se elucidar o entendimento do IDC como dispositivo garantístico de direitos humanos e preventivo de punição internacional.

Palavras-chave: Incidente de Deslocamento de Competência. Federalização. Direitos humanos. Diálogo entre cortes.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo abordar o fenômeno do Incidente de Deslocamento de Competência, inserido no direito brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a partir da atuação do Superior Tribunal de Justiça quanto aos julgamentos de federalização de casos graves de violações de direitos humanos.

Cabe enfatizar que o Brasil integra tanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, quanto o Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 1979 e outros pactos de direito internacional, aceitando e reconhecendo a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, atribuindo ao Estado brasileiro, sobretudo, o dever de observância dos acordos e a possibilidade de responsabilização internacional.

Para tanto, o artigo foi estruturado em três seções. A primeira apresentará a proteção dos direitos humanos pelo sistema regional, dando enfoque na responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos e na análise de condenações do Brasil pela Corte IDH. A segunda seção abordará o Incidente de Deslocamento de Competência e sua efetividade, sendo apresentado um panorama geral quanto ao instituto. A terceira seção, buscará retratar a possível existência de um diálogo jurisdicional entre o Superior Tribunal de Justiça e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pondo em relevo como o diálogo entre cortes atua como meio preventivo de responsabilização internacional.

2. METODOLOGIA

Visando analisar a efetividade do Incidente de Deslocamento de Competência e objetivando a prevenção de sanções internacionais advindas da violação de direitos humanos previstos em tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro é signatário, a pesquisa utiliza o método dedutivo.

Quanto a sua abordagem, configura-se como quali-quantitativa na medida em que relaciona o diálogo entre cortes, suas respectivas decisões e o estudo de casos, tendo como procedimentos a utilização de fontes bibliográficas e documentais. Além disso, o estudo também apresenta a quantidade de pedidos, porcentagens e desdobramentos numéricos do IDC em relação a sua efetividade como instituto preventivo. Quanto à aproximação epistemológica, a pesquisa se traduz como exploratória e interpretativa, ao pensar a construção jurisprudencial nacional por intermédio dos estudos de casos de pedidos de federalização promovidos junto ao Superior Tribunal de Justiça.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Responsabilidade Internacional do Estado

Antes de pontuar da responsabilidade internacional do Estado, é necessário ressaltar o movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, difundido no período pós-guerra.

Destaca-se, nesse sentido, a Declaração Universal de Direitos Humanos que prioriza a proteção do ser humano em todos os aspectos, englobando direitos civis e políticos, além de direitos sociais, econômicos e culturais.

Outro instrumento fundamental para a efetivação do sistema foi a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969. Fortemente influenciada pelo modelo europeu, a Convenção Americana inovou em trazer normas mais abrangentes quanto à proteção dos direitos humanos.

Inteiramente criada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Corte IDH possui duas diferentes competências: de natureza consultiva e contenciosa.

Após o período de redemocratização do Estado brasileiro, caracterizado pela promulgação da Constituição Federal de 1988, valores democráticos começaram a ser tratados com mais afinco. Tal fato obrigou o Estado a aderir a uma agenda internacional que reforçasse a concretização da dignidade humana.

Além da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Brasil aderiu ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Dentro desse contexto, o Brasil se submete a uma série de obrigações internacionais, o que pode suscitar a responsabilização internacional do Estado. Conforme aponta André de Carvalho Ramos,

> [...] A responsabilidade internacional do Estado é uma reação jurídica, qualificada como sendo instituição, princípio geral de direito, obrigação jurídica ou mesmo situação jurídica pela doutrina e jurisprudência, pela qual o Direito Internacional justamente reage às violações de suas normas, exigindo a preservação da ordem jurídica vigente [...] (RAMOS, 2005, p. 54).

Em outras palavras, a responsabilidade internacional do Estado, decorrente de decisões internacionais, é apresentada como uma obrigação de reparação das violações de normas previstas em tratados dos quais é signatário.

De acordo com André de Carvalho Ramos (2005, p. 51), a responsabilidade internacional do Estado tem base em três elementos: na existência de um fato ilícito em âmbito internacional, no resultado lesivo e no nexo causal que liga os dois primeiros elementos.

Por sua vez, a Corte Interamericana trata da responsabilidade internacional a partir de um binômio: "respeitar" e "garantir". Tal binômio se refere, respectivamente, a obrigação de abstenção e de implementação por parte estatal. A questão do respeito entra em pauta, pois o Estado deve se abster de limitar o ser humano no exercício de sua liberdade individual; já o termo "garantir" impõe a ideia de que o Estado deva implementar normas harmônicas, de maneira geral, com a defesa dos direitos humanos e, consequentemente, ao princípio da dignidade humana (GORENSTEIN, 2013, p. 72- 73).

Dessa forma, torna-se válido realçar que os Estados-partes da Organização dos Estados Americanos (OEA), ao promulgar a Convenção Americana, tomaram para si o princípio do direito internacional de que declarar a responsabilidade internacional gera o dever de recuperar seu estado anterior e reparar os danos causados pela violação aos direitos humanos. Portanto, cabe à Corte Interamericana utilizar de sua competência internacional que não reforma a decisão interna, mas sim sanciona o Estado infrator a reparar o dano causado. Como resume Peterke (2013, p. 202), as formas mais comuns de reparação do dano, ou do ato ilícito, são:

> (a) a restituição, na íntegra, quando se estabelece que as coisas devem voltar ao estado anterior ao da violação; a determinação da soltura de um preso ou a devolução de uma propriedade a alguém são exemplos disso; (b) a compensação, que muitas vezes se dá na forma de indenização por danos materiais ou morais a alguém que sofreu um prejuízo; (c) a satisfação, que normalmente acontece quando a reparação não se pode expressar em termos financeiros; ela ocorre, por exemplo, na forma de obrigação de punir os responsáveis diretos pela violação, a anulação de um processo judicial inteiro ou a obrigação de editar uma lei em conformidade com a Convenção Americana.

Por conseguinte, os tipos de sanções que podem ser aplicadas pela Corte tomam forma nos âmbitos políticos, sociais e econômicos; geralmente, acaba por limitar ações diplomáticas, por parte do Estado sancionado, como o fechamento de embaixadas e limitação de visitas governamentais com o objetivo de expressar a desaprovação criada por seus atos. No âmbito econômico, por exemplo, as sanções podem ocorrer na forma de um embargo econômico, o que inclui a proibição de importação ou exportação de produtos, de investimentos no país sancionado, e, ainda, a imposição de obstáculos administrativos ao comércio.

3.1.2 Condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Até o início do ano de 2021, o Estado brasileiro já foi condenado pela Corte Interamericana em 10 casos: Ximenes Lopes (2006); Nogueira de Carvalho (2006); Escher (2009); Garibaldi (2009); Gomes Lund (2010); Fazenda Brasil Verde (2016); Favela Nova Brasília (2017); Vladmir Herzog (2018); povo indígena Xucuru (2018); e fábrica de fogos de artifícios Santo Antônio de Jesus (2020).

No caso Fazenda Brasil Verde, foram evidenciadas a falta de devida diligência, a violação ao prazo razoável no processo penal e a ausência de proteção judicial efetiva (Trabalhadores Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil, 2016, p. 90).

De fato, o Brasil foi condenado por não ter adotado medidas efetivas para impedir a subordinação das vítimas ao estado de escravidão e, com isso, foi determinada a reabertura das investigações e o pagamento de indenizações às vítimas no valor total de cinco milhões de dólares.

Em 2017, o Estado brasileiro já havia começado a se movimentar reabrindo o inquérito policial, identificando as vítimas para auxiliar na investigação e ainda criando uma força tarefa – Portaria n° 1326 assinada pela ex- Procuradora Geral da República, Raquel Dodge – para apurar com mais eficiência, acelerando a identificação e punição dos responsáveis do crime.

Recentemente, o Brasil foi novamente condenado pelas violações de direitos relacionadas à explosão da fábrica de fogos em Santo Antônio de Jesus, no Recôncavo Baiano, em 1998.

Tendo a Corte IDH concluído pela existência da responsabilidade internacional do Estado brasileiro, o país, além de ser condenado a retomar as investigações utilizando da devida diligência, foi sancionado ao pagamento de 50 mil dólares em favor de cada uma das vítimas falecidas e sobreviventes da explosão da fábrica de fogos, bem como a concessão de tratamento médico e psicológico.

3.2 Reforma do Poder Judiciário (EC nº45/2004) e o Incidente de Deslocamento de Competência.

A Reforma do Poder Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro novos instrumentos dentro da estrutura do Poder Judiciário.

No mesmo sentido, a EC nº 45 reconheceu a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, bem como possibilitou a equiparação dos tratados internacionais de Direitos Humanos às emendas constitucionais e trouxe a possibilidade de federalização de casos envolvendo graves violações de direitos humanos.

Nessa conjuntura, a EC nº 45/2004 introduziu ao artigo 109 da Constituição Federal de 1988 o inciso V-A, dispondo que também compete aos juízes federais processar e julgar "as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo" e o §5º, disciplinando que "nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal".

Desse modo, o IDC se configura como um instrumento processual com fins garantísticos, assegurando a prestação jurisdicional em casos de violações de direitos humanos e garantindo que esses casos sejam processados e julgados de modo mais célere e justo, na Justiça Federal, quando a tutela jurisdicional da esfera estadual falha na devida proteção.

Apesar de não existir legislação ordinária que discipline o processamento do IDC, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de suas decisões, destaca as condições necessárias para que os pedidos sejam deferidos e, consequentemente, deslocados para a Justiça Federal.

Nesse panorama, o STJ estipulou como requisitos para o cabimento do IDC: a) a existência de grave violação aos direitos humanos; b) o risco de responsabilidade internacional decorrente do descumprimento das obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais; c) a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas; sendo necessária a cumulação de todos os requisitos. Além disso, ainda podem ser destacados outros elementos que regem o instituto do IDC:

> Legitimidade exclusiva de propositura do Procurador-Geral da República. [...] Competência privativa do Superior Tribunal de Justiça, para conhecer e decidir, com recurso ao STF (recurso extraordinário). [...] Abrangência cível ou criminal dos feitos deslocados, bem como de qualquer espécie de direitos humanos (abarcando todas as gerações de direitos) desde que se refiram a casos de "graves violações" de tais direitos [...] Permite o deslocamento na fase pré-processual (ex., inquérito policial ou inquérito civil público) ou já na fase processual [...] Relaciona-se ao cumprimento de obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil. [...] Fixa a competência da Justiça Federal e do Ministério Público Federal para atuar no feito deslocado (RAMOS, 2020, p.804-5).

Entende-se ainda que o processamento do pedido de deslocamento de competência é estruturado em etapas. Segundo o Estudo de Federalização de Graves Casos de Direitos Humanos realizado pelo Ministério da Justiça em 2014, o processo de instauração e julgamento do IDC se dá por meio de 3 fases de tramitação. A primeira fase compreende o encaminhamento dos pedidos de IDC para a Procuradoria Geral da República; a segunda fase trata sobre a tramitação das solicitações de IDC no âmbito da PGR; a terceira e última fase, versa sobre o julgamento dos pedidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com isso posto, a primeira fase do processamento conta com a chegada dos casos até a Procuradoria Geral da República, sendo prerrogativa do Procurador Geral da República tomar ciência dos casos e, agindo de ofício, realizar o primeiro juízo de admissibilidade quanto ao pedido em si. Existindo também a possibilidade de particulares encaminharem petições a PGR requisitando o pedido de federalização de algum caso. Na segunda fase, tem-se a tramitação das solicitações no âmbito da PGR, em que pode haver ou não um ajuizamento de ação perante o STJ requisitando o deslocamento. Já a terceira fase, se dá no STJ, que por meio da Terceira Seção, analisa e julga os pedidos, calcados nos critérios e requisitos oriundos de suas próprias jurisprudências.

3.2.1 Estudo do Caso Irmã Dorothy (IDC nº1)

O primeiro caso de pedido de deslocamento de competência ocorreu no ano de 2005, com o assassinato da missionária norte americana Dorothy Stang em Anapu/PA, decorrente de conflitos agrários.

Embora tenha ocorrido violação ao direito à vida, previsto no artigo 4º do Pacto de San Jose da Costa Rica de 1669, primeiro requisito para a instauração do pedido de IDC (grave violação de direitos humanos), a Terceira Turma do STJ não reconheceu a possibilidade do Estado brasileiro ser responsabilizado internacionalmente ou as hipóteses de omissão, negligência ou incapacidade da Justiça Estadual, como esclarece o Min. José Arnaldo da Fonseca em seu voto (2005, p. 32):

> [...] é inegável, neste caso, que os esforços dos órgãos locais não se fizeram esperar, e a persecução penal se instaurou de pronto, faltando, portanto, o requisito da incapacidade de ação, advinda de inércia, descaso ou ausência de condições materiais, processuais ou políticas.

Apesar do caso ter repercussão internacional e ter mobilizado grupos de defensores de direitos humanos, não foi federalizado, sendo unanime entre os ministros o indeferimento do pedido. Segundo o Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, o pedido de deslocamento deve corresponder ao princípio da proporcionalidade, devendo estar presentes todos os requisitos concretos para que haja a federalização do caso, o que não foi constatado.

3.2.2 Estudo do Caso Manoel Mattos (IDC nº2):

O IDC relativo a Manoel Mattos foi o segundo pedido de deslocamento de competência e primeiro IDC a ser deferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

O caso versava sobre o homicídio do vereador Manoel Mattos em 2009, em Pitimbu/PB. Manoel possuía persistente atuação na denúncia de grupos de extermínio, que agiam na divisa dos Estados da Paraíba e de Pernambuco, mais especificamente, entre os municípios de Pedras de Fogo e Itambé. Contudo, após diversas ameaças e atentados, o vereador foi morto a tiros em janeiro de 2009.

O caso contou com cerca de duzentos homicídios na região em destaque, durante os anos de 1999 a 2009, todos com características de execução sumária, o que atraiu a atenção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, havendo, inclusive, expressa recomendação para adoção de medidas cautelares de proteção a pessoas ameaçadas pelo grupo de extermínio. Entretanto, apesar das recomendações, os Estados demonstraram incapacidade de oferecer respostas efetivas ao caso, criando condições positivas para potencial ação da Corte IDH em face do Brasil, como explicitou a Min. Laurita Vaz em seu voto:

> O risco de responsabilização internacional pelo descumprimento de obrigações derivadas de tratados internacionais aos quais Brasil anuiu (dentre eles, vale destacar, a Convenção Americana de Direitos Humanos [...]) é, ao meu sentir, bastante considerável, mormente pelo fato de já ter havido pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com expressa recomendação ao Brasil para a adoção de medidas cautelares de proteção as pessoas ameaçadas pelo tão propalado grupo de extermínio atuante na divisa dos Estados da Paraíba e Pernambuco, as quais, no entanto, deixaram de ser cumpridas ou não foram efetivas [...] não se trata de uma alegação de presunção de risco de responsabilidade internacional, mas, sim, da constatação de que já se instaurou a jurisdição internacional, uma vez que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos determinou [...] que fosse adotadas medidas cautelares destinadas a conferir proteção integral a diversas pessoas envolvidas no embate com o grupo de extermínio... (2010, p. 2 et seq.)

De tal forma, presentes todos os requisitos, o caso foi federalizado, evitando que o Estado brasileiro respondesse perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.2.3 Estudo do Caso Marielle Franco (IDC nº24)

O último pedido de federalização refere-se ao homicídio da vereadora Marielle Franco e seu motorista Anderson Gomes em 2018. Tendo notória repercussão nacional e internacional, a Procuradoria Geral da República pediu ao Superior Tribunal de Justiça o deslocamento da competência originária para a Justiça Federal.

Da mesma forma que o IDC nº 1 (Caso Irmã Dorothy), o IDC nº 24 não foi federalizado. Segundo o voto da Min. Laurita Vaz, não foram constatados os pressupostos necessários para que o pedido fosse deferido. Em seu voto, a Ministra afirmou que as falhas na condução do inquérito policial foram sanadas. Logo, entendeu-se que essa questão não se classificaria como ineficiência, inércia ou omissão da Justiça Estadual.

Além disso, a Relatora também pôs em relevo que não haveria risco de responsabilização internacional, uma vez que "não se tem notícia de abertura de nenhum procedimento formal perante as Cortes Internacionais para apurar eventual responsabilidade do Brasil decorrente de suposto descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais", havendo apenas comunicados de especialistas da Organização das Nações

Unidas e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) requerendo que o Brasil garantisse que os assassinos de Marielle Franco fossem levados à justiça. Contudo, segundo a Ministra, os comunicados seriam "meras exortações" e não existiria "descaso institucional" por parte do Estado do Rio de Janeiro, determinando pelo indeferimento do pedido.

Entretanto, até o presente momento o sistema de justiça estadual não conseguiu apontar o mandante do crime, o que pode ser, em tese, objeto de denúncia no âmbito do Sistema Interamericanos de Direitos Humanos.

3.2.4 A Efetividade do IDC

A fim de compreender a efetividade do instituto do deslocamento de competência em detrimento do seu uso e, consequentemente, seu aspecto prático, cabe pontuar que, no total de 24 pedidos feitos ao Superior Tribunal de Justiça, tem-se que: 4 pedidos foram deferidos, 6 pedidos foram indeferidos, 10 pedidos foram extintos e 4 pedidos estão em trâmite.

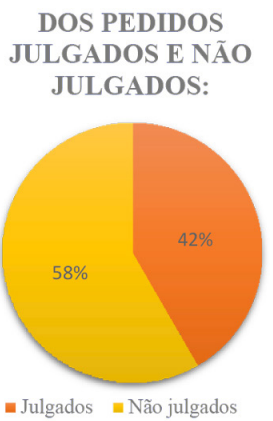
Como pode ser observado no gráfico abaixo, proporcionalmente, apenas 17% dos pedidos foram deferidos, 25% indeferidos, 41% extintos e outros 17% ainda estão em trâmite:

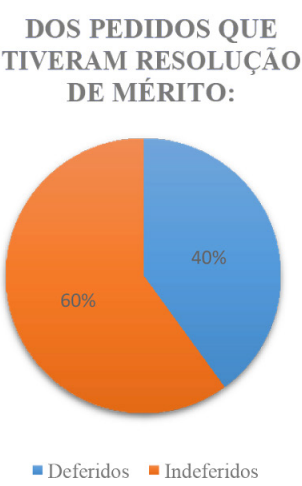
IDC (24 PEDIDOS NO TOTAL)

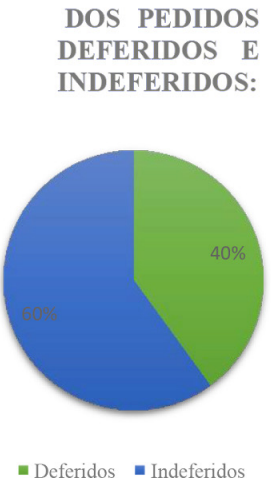


Dessa maneira, quanto a proporcionalidade dos pedidos que tiveram seu mérito analisado, os julgados e não julgados, os que tiveram resolução do mérito e aqueles que foram deferidos e indeferidos, nota-se que o IDC tem sido um instrumento raramente utilizado dentro da jurisdição brasileira, e quando utilizado, pouco apreciado pelo STJ:









Sob esse prisma, constata-se que menos da metade dos pedidos que tiveram seu mérito analisado foram deferidos, contabilizando apenas 20% do total, enquanto a metade dos pedidos foram extintos por não se tratar de IDC (sendo reautuados em outras classes processuais ou extintos liminarmente por alguma ilegitimidade, como o IDC nº 11).

Quanto aos julgados e não julgados, pode ser destacado que, no total de 24 pedidos, apenas 42% foram julgados (pedidos deferidos e pedidos indeferidos). Ainda nesse sentido, cabe apontar que, dos pedidos que tiveram resolução do mérito, 60% foram indeferidos, o que expressa, no aspecto prático, como o instrumento do IDC possui baixa expressividade em seu contexto material.

Destarte, na contramão da baixa apreciação do Incidente de Deslocamento de Competência pelo STJ, verifica-se que o Estado brasileiro possui considerável histórico de violações de direitos humanos previstos em tratados internacionais dos quais o país é signatário.

Ao pôr em relevo as condenações internacionais do Brasil, observa-se que, entre os anos de 2005 e 2020, o país foi condenado 10 vezes e todas as condenações ocorreram após o mecanismo do deslocamento de competência já estar em vigor no ordenamento jurídico.

Com isso, fomentar a utilização do IDC junto ao Superior Tribunal de Justiça, como meio preventivo de responsabilização internacional, é criar alternativas às condenações. É preciso também, refletir se determinados casos chegam de forma plena ao âmbito da Procuradoria-Geral da República ou se a negativa se concentra tão somente na esfera do STJ. Se o fato de não existir uma regulamentação ordinária ainda serve como embaraço para sua afetividade e até mesmo se a exclusiva legitimidade para a propositura do pedido seria, de fato, eficaz. Sendo necessário questionar se a legitimidade exclusiva do Procurador da República, pode ser um entrave à plena efetividade do instituto.

3.3 O diálogo jurisdicional entre o STJ e a CorteIDH

No contexto contemporâneo de novos paradigmas jurídicos como a emergência da humanização do direito internacional e do direito constitucional, assim como a internacionalização e a consolidação dos direitos humanos, surge, no cenário americano, uma postura de diálogo entre cortes envolvendo as esferas da ordem jurídica local de cada Estado e da ordem jurídica regional.

Sedimentado em tratados internacionais de direitos humanos e na atuação do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o diálogo entre cortes possibilita a difusão de parâmetros e conversações, oferecendo permeabilidades mútuas e recíprocas, que servem de compensação para os mais variados déficits estatais. À vista disso, cabe destacar a relação e o diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Estado brasileiro no âmbito de proteção dos direitos humanos.

O Estado brasileiro, ao reconhecer a função jurisdicional da Corte IDH, assume a importância de aderir aos tratados internacionais, ratificados no sistema jurídico, por meio do controle de convencionalidade internacional, que se caracteriza como o processo de compatibilização da legislação nacional com os comandos explicitados nos pactos de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2013, p. 243). Portanto, torna-se claro que o diálogo jurisdicional

entre a Corte Interamericana e as cortes federais – Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) – é realizado pela interpretação dos pactos inseridos ao ordenamento jurídico interno.

Contudo, por mais que existente, o compromisso do Brasil com o Sistema Interamericano no âmbito interno os tribunais e juízes adotam posições tímidas e precárias, que são insuficientes para evitar condenações internacionais.

É relevante ressaltar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil por sua omissão no caso Nova Brasília e a sentença considerou que

> era inaceitável o tempo transcorrido sem nenhuma determinação preliminar sobre a legalidade do uso da força letal por parte da polícia, que resultou na morte de 26 vítimas. [...] Com respeito à fase de investigação, a Corte destaca a ausência de diligências relevantes no processo e a negligência dos órgãos investigadores.[...] a Corte conclui que o Estado violou as garantias judiciais de devida diligência e prazo razoável, previstas no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento [...] A Corte observa que a investigação sobre a incursão de outubro de 1994 foi praticamente inexistente, uma vez que as poucas diligências conduzidas foram irrelevantes; por outro lado, a investigação não avançou de maneira alguma para determinar a responsabilidade pelas mortes. Essa situação se traduziu numa denegação de justiça em detrimento das vítimas [...]. (p. 42 et seq.).

Na mesma sentença, a Corte asseverou expressamente que a Procuradoria- Geral da República avaliasse a possibilidade de propor a federalização, o que foi feito em setembro de 2019. Em outras palavras, foi preciso o país ser condenado para que o pedido de Incidente de Deslocamento de Competência n° 21, instrumento presente no ordenamento jurídico há pouco mais de 15 anos, pudesse ser efetivamente utilizado como meio preventivo de sanções no âmbito internacional.

Diante do que foi demonstrado, pode-se dizer que o diálogo jurisdicional entre o Superior Tribunal de Justiça e Corte IDH se mostra existente, porém ainda superficial. A promoção da prática dialógica, do confrontamento de teses jurisprudenciais, entre cortes permite elevar o sistema jurídico à uma visão multinível, a qual objetiva o refinamento de argumentos, interpretações e princípios voltados à afirmação da dignidade humana, além do consequente fortalecimento do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

4. CONCLUSÕES

Levando em conta os dados apresentados, conclui-se que o Incidente de Deslocamento de Competência é o instrumento garantístico que pode efetivar os direitos humanos e, por consequência, um mecanismo preventivo de responsabilidade internacional.

Também foi possível constatar a efetividade do IDC no plano material, sendo identificada a baixa apreciação do mecanismo pela justiça brasileira em contradição ao histórico de condenações que o Brasil sofreu durante os últimos anos, o que demonstra a ausência da compreensão do IDC como instrumento preventivo.

Em sentido análogo, a inexistência de um diálogo entre as cortes, em específico, o Tribunal Superior de Justiça e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, também se traduz como um fomento à manutenção de condenações, uma vez que a justiça brasileira pouco dialoga com as instâncias internacionais.

Notou-se uma baixa expressividade da atuação do STJ em detrimento dos pedidos de federalização, pecando pela falta de clareza quanto ao procedimento do IDC, e quanto à transparência e organização em relação às informações sobre os pedidos.

Por fim, cabe salientar que a pesquisa não teve como objetivo esgotar a temática, mas expor a temática da federalização e sua potencialidade como um mecanismo preventivo na prática processual. Desta forma, por meio de um diálogo entre cortes, o Estado brasileiro poderia evitar responsabilização internacional e promover, com plenitude, a dignidade da pessoa humana.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. STJ. IDC. *Incidente de deslocamento de competência*. Justiças estaduais dos estados da Paraíba e de Pernambuco. Incidente de deslocamento de competência n° 2, DF. Relatora: Ministra Laurita Vaz. DJ: 27 out. 2020.

BRASIL. STJ. IDC. *Incidente de deslocamento de competência*. Constitucional penal e processual penal. Incidente de deslocamento de competência n° 1, PA. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ: 08 jun. 2005.

BRASIL. STJ. IDC. *Incidente de deslocamento de competência*. Homicídios de Marielle Franco e Anderson Gomes. Incidente de deslocamento de competência n° 24, RJ. Relatora: Ministra Laurita Vaz. DJ: 27 mai. 2020.

BRASIL. *Estudo sobre a federalização de graves violações aos direitos humanos* / coordenação, Olívia Alves Gomes, Guilherme de Assis Almeida; [autores] Roberta Corradi Astolfi, Pedro Lagatta, Amanda Hildebrand Oi. – Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014.

CORTE IDH. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil.* Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 22 de agosto de 2017. Série C, nº 337. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=es. Acesso em: 07 dez. 2020

CORTE IDH. *Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil.* Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15 de julho de 2020. Série C, nº 407. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm?lang=es. Acesso em: 07 dez. 2020.

LIMA JR., Jayme Benvenuto; GORENSTEIN, Fabiana; HIKADA, Leonardo Jun Ferreira. (org.) *Manual de Direitos Humanos Internacionais: Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos.* São Paulo: Edições Loyola. 2003.

PETERKE, Sven; RAMOS, André de Carvalho; *et al. Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direito Constitucional Módulo V (Caderno de Direito Constitucional)*. 5ª Edição. Curriculum Permanente. EMAGIS, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional* / Flávia Piovesan. – 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos.* R. CEJ, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UM ESTUDO DA ADPF Nº 347 E A TUTELA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

AJOUZ, Igor[1]
PINHEIRO, Laiza Alves de Carvalho[2]
HERNANDES, Cíntia Carneiro[3]

1 Doutor em Direito pela UVA. Mestre em Direito pela UNESA. Pós-graduado (especialização) em Direito Público pela UnB. Graduado em Direito pela UERJ. Professor da Universidade Veiga de Almeida. Professor da EMERJ. Professor do AMBRA College. Instrutor credenciado junto à Escola da AGU. Procurador Federal - AGU. E-mail: igor.ajouz@yahoo.com.br

2 Graduanda em Direito. Universidade Veiga de Almeida. E-mail: laizarhcp@gmail.com

3 Graduanda em Direito. Universidade Veiga de Almeida. E-mail: cintia.c.hernandes@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo do Estado de Coisas Inconstitucional, o qual consiste em técnica judiciária para lidar com violações sistemáticas de direitos fundamentais e humanos decorrentes de omissões por parte do Poder Público. Assim, através de sentenças estruturais busca-se implementar medidas para reverter esse quadro e dar efetividade a esses direitos. Nesse cenário, levanta-se uma discussão sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 que se propõe a reconhecer o instituto supramencionado em relação ao Sistema Penitenciário Brasileiro, ação a qual se baseia, como irá se analisar, na sentença T- 153 da Corte Constitucional Colombiana. Essa ação dá visibilidade as violações de direitos humanos sofridas pela população carcerária e estabelece-se como forma de dar efetividade ao que já foi determinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a realidade penitenciária. Através de uma metodologia teórico-bibliográfica e normativa, bem como o estudo de caso da ADPF n. 347, buscou-se analisar seu potencial de materializar o que foi determinado pela Corte IDH sobre a temática. A análise feita demostrou que, para que tal objetivo seja alcançado, é necessário que a sentença estrutural a ser desenvolvida nesse caso se aproxime da sentença T-025 da Corte Constitucional Colombiana e não a sentença T-153 também proferida pelo país, pois a primeira promoveu um diálogo entre o Poder Judiciário, outros poderes e agentes indispensáveis na implementação das medidas impostas, bem como impôs um sistema concreto de fiscalização.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional; Execução Penal; STF; Direitos humanos; Políticas públicas.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o Sistema Carcerário encontra-se em crise. O ordenamento jurídico brasileiro é repleto de dispositivos que são aplicáveis aos presos e a execução penal, os quais não estão sendo cumpridos, evidenciando uma situação de omissão estatal em relação a esse grupo social.

A contradição entre o disposto pela Lei de Execução Penal, pelo texto constitucional e por diversos tratados internacionais de direitos humanos e a realidade penitenciária demonstram que a ressocialização é uma tarefa impossível e a reincidência algo inevitável. Esse quadro é agravado ainda pela ausência de separação entre os diferentes tipos de apenados e pela falta de assistência ao egresso do sistema prisional.

Na busca de solucionar casos de negligência estatal como este destaca-se o Estado de Coisas Inconstitucional, que se propõe a reparar violações massivas de generalizadas de direitos fundamentais que afetam um determinado grupo de pessoas. A superação dessa falha estrutural exige uma sentença estrutural que expede ordens dirigidas a órgãos e agentes que irão trabalhar em conjunto para a sua solução.

A ADPF nº 347 a qual tramita no Supremo Tribunal Federal tem como finalidade a decretação do instituto anterior em relação ao Sistema Penitenciário Brasileiro, buscando reverter esse quadro, baseando-se na sentença T-153 que reconheceu o Estado em relação ao cárcere colombiano. O seu mérito ainda não foi julgado, tendo sido analisadas apenas medidas cautelares, que também serão abordadas.

Conforme será examinado, espera-se que essa ação consiga implementar o que já foi decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema, conforme Resolução de 14 de outubro de 2019 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

É mencionado, ainda, a preocupação com a utilização da sentença T-153 como paradigma, a qual mostrou-se pouco efetiva na prática. Por outro lado, a sentença T-025, que reconheceu a técnica em relação aos deslocados internos, foi um marco de diálogo entre Judiciário e outros agentes, se sobressaindo também pela fiscalização eficiente das medidas impostas.

2. METODOLOGIA

O presente trabalho pautou-se em uma metodologia teórico-bibliográfica e normativa, a fim de explorar o instituto do estado de coisas inconstitucional a ser implementado pela ADPF n. 347, bem como a sua relação com a interferência da Corte IDH nas unidades prisionais.

Os métodos selecionados contribuíram para análise das circunstâncias atuais do sistema penitenciário do Brasil.

Utilizou-se, também, uma pesquisa descritiva, através de estudo de caso, especificamente a ADPF nº 347 em tramitação, bem como as sentenças T-153 e T-025 da Corte Constitucional Colombiana, buscando responder aos questionamentos apontados, de modo indutivo, por meio dos dados coletados.

Esses dados, por sua vez, foram adquiridos através de uma pesquisa bibliográfica e normativa, utilizando-se de fontes como livros, artigos, resoluções, legislação, entre outros, com o objetivo em analisar a relação entre a referida ação com a supervisão da Corte IDH sobre a administração penitenciária.

3. O CONTRASTE ENTRE O POSITIVADO E A REALIDADE FÁTICA CARCERÁRIA

3.1. Os direitos dos presos

3.1.1. Da Lei de Execução Penal

Segundo a Lei n° 7.210/1984, serão garantidos aos presos todos os direitos não atingidos pela sanção penal ou pela lei, vedando-se discriminações de natureza racial, social, religiosa ou política, conforme dispõe o artigo 3º.

O artigo 41 da lei enumera os direitos da pessoa privada de liberdade no âmbito da vida carcerária, dentre eles cita-se a assistência material, médica, educacional, social e religiosa (inciso VII), a qual será importante a seguir.

É importante mencionar também o artigo 84 que versa sobre a separação do preso provisório do condenado por sentença transitada em julgado.

3.1.2. Dos direitos fundamentais

A Constituição Federal dispõe já em seu artigo 1°, inciso III, a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil. Ana Paula Lemes de Souza aborda o seu conceito:

> Nos tribunais, esse metaprincípio passou a ser uma espécie de mestre ou xamã na grande manta principiológica ordenamentária, e tem se disseminado como uma palavra-chave, ou mantra sagrada, invocada como uma entidade jurídico- protetora dos oprimidos (DE SOUZA, 2015, p. 3)

A Lei Maior estabelece um rol de direitos e garantias fundamentais a serem aplicadas àqueles presentes em território brasileiro, dentre os quais aqueles inseridos no Sistema Penitenciário. Assim, são disposições aplicáveis aos presos e relevantes para o estudo aqui desenvolvido, presentes no artigo 5°, incisos III, XLVII, alínea ‘’e’’, XLVIII e XLIX, respectivamente: a proibição da tortura e do tratamento desumano e degradante; a vedação às sanções cruéis; a determinação do cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do apenado; o respeito à integridade física e moral.

3.1.3. Dos direitos humanos

Inúmeros são os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Estado Brasileiro, dentre eles o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, que é composto por uma parte que trata de direitos de primeira dimensão e uma outra que aborda a estrutura normativa de monitoramento e implementação do que foi anteriormente previsto.

Em relação aos apenados, o artigo 10 distingue-se ao prescrever que a pessoa privada de liberdade deve ser tratada com humanidade e com dignidade, bem como há menção da necessidade de separação daqueles que estão sendo processados dos que já foram condenados.

Sobre a Convenção Internacional contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, versa sobre conceitos e deveres do Estado, assim como determina a criação do Comitê contra a Tortura.

De acordo com o artigo 1° da Convenção, a definição de tortura demanda três requisitos elementares para a sua configuração: a conduta do agente de impor dor ou sofrimentos físicos ou mentais de forma intencional; o objetivo da conduta ser adquirir informações ou confissões, aplicação de castigo, intimidação, coação ou ‘’qualquer outro motivo baseado em discriminação de qualquer natureza” e ter o ‘’funcionário público ou outra pessoa no exercício da função pública” agido de forma mediata ou imediata (MALHEIRO, 2016).

Por fim, é válido mencionar também o Pacto São José da Costa Rica que foi responsável pela exequibilidade doméstica das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos: prevê que os Estados signatários devem cumprir as decisões da Corte e que, caso não sejam implementadas pelo Estado Brasileiro, podem sofrer execução como título executivo judicial perante a vara federal competente (MALHEIRO, 2016).

3.2. Problemas estruturais do cárcere brasileiro

Ao analisar a crise penitenciária, é possível constatar que o ambiente carcerário é impróprio para o cumprimento da pena privativa de liberdade e nunca esteve tão distante dos ideais previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de outubro de 2019 sobre o Complexo Penitenciário de Pedrinhas, a Comissão relatou em vários pontos do documento sobre problemas como falta de higiene, alimentação precária, bem como insalubridade:

> Entre outros aspectos, esta Corte afirmou que situações de superlotação e superpopulação, falta de assistência médica, condições sanitárias e de higiene deficientes e falta de alimentação podem chegar a representar violação da integridade pessoal. É importante salientar que as condições gerais de detenção em um centro de privação de liberdade devem ser compatíveis com a dignidade da pessoa, em conformidade com o artigo 5o da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (CORTE IDH, 2019, p. 6)

3.2.1. Superlotação

A superlotação no Sistema Carcerário constitui um problema social no Brasil, resultando em um ambiente que não proporciona condições adequadas para o cumprimento de pena.

Segundo levantamento realizado pelo Infopen em dezembro de 2019, a população carcerária era de 755.274, excluindo-se os presos em delegacias o número é de 748.009. O número de vagas disponível é de 442.349 e o déficit é de 312.925. No ano, a taxa de aprisionamento foi de 359,4 e o crescimento populacional em 2019 foi de 1,49%. Esse quadro é responsável por agravar diversos outros problemas dentro desse ambiente como a proliferação de doenças e a falta de assistência médica, resultando em no agravamento do quadro de violação de direitos humanos dos presos.

De acordo com os mesmos dados anteriormente citados, apenas 62% dos estabelecimentos prisionais possuem consultório médico. Em paralelo a isso, existem 31.742 pessoas com agravos transmissíveis, sendo que 9,75% dentre os homens e 7,35% dentre as mulheres possuem hepatite, 25,6% dentre os homens e 40,45% das mulheres possuem HIV, 20,66% dentre os homens e 34,12% dentre as mulheres possuem sífilis, 30,88% dentre os homens e 5,15% dentre as mulheres possuem tuberculose.

Sobre as causas dessa superlotação, cita-se a quantidade excessiva de prisões provisórias. Diante da prisão em flagrante, o juiz tem a opção de optar pelo livramento condicional ou pela prisão preventiva. Nota-se que essa última tem sido a medida muitas vezes adotada pelos magistrados: o número de presos provisórios em 2019 foi de 229.823, ou seja, constituem 30,43% das pessoas cumprindo pena privativa de liberdade (INFOPEN, 2019).

Ademais, é válido mencionar que dados apontam que a Lei de Drogas (Lei n° 11.343/2006), foi responsável pelo aumento exponencial do encarceramento brasileiro desde que entrou em vigor. Sobre a temática, Salo de Carvalho expõe:

> Em 2007 o tráfico de drogas representava 15% da população carcerária, sendo que os delitos de roubo simples e qualificado e latrocínio atingiam 32%. Em 2011 há uma mudança substancial: o tráfico é responsável por 24,43% dos apenados, e o roubo simples e qualificado e latrocínio decrescem para 28% (CARVALHO, 2016, p. 205).

Devido a sua falha em criar critérios objetivos para a diferenciação entre o usuário (artigo 28) e o traficante (artigo 33), tais figuras tendem a se confundir. A lei é omissa em especificar qual quantidade e quais condições de apreensão configurariam o crime de tráfico, constatando-se, ainda, que ambos os artigos citados mencionam cinco condutas (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo) que, são sancionadas de modos distintos de acordo como são interpretadas pela autoridade policial.

3.2.2. Maus tratos e violência

O Sistema Penitenciário é notoriamente conhecido como um ambiente onde há a ocorrência de tortura e maus tratos, o que é uma clara violação aos direitos fundamentais e humanos da população ali presente.

A Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de outubro de 2019 sobre o Complexo Penitenciário de Pedrinhas relata, por exemplo, o manejo de armas não letais pelos agentes penitenciários como a escopeta calibre 12 com balas de borracha como instrumento de tortura (CORTE IDH, 2019).

Um panorama onde há presença de facções e é agravado por condições de precariedade e maus tratos torna-se propício para rebeliões por parte dos presos, o que complica ainda mais o quadro até então narrado.

Destaca-se detalhes sobre a rebelião do citado Complexo de Pedrinhas no ano de 2013 narradas no Ofício 363/GP/2013 do Conselho Nacional de Justiça sobre inspeção feita nos estabelecimentos prisionais do Maranhão:

> A extrema violência é a marca principal das facções que dominam o sistema prisional maranhense. Um vídeo enviado pelo presidente do sindicato dos agentes penitenciários mostra um preso vivo com a pele do membro inferior dissecada, expondo músculo, tendões, vasos e ossos, tudo isso antes de ser morto nas dependências do Complexo Penitenciário de Pedrinhas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013, p. 7).

3.3. Ressocialização e reincidência

3.3.1. Escola do Crime

Como mencionado em momento anterior, tanto a Constituição Federal quanto a Lei de Execução Penal trata da separação entre os presos. Contudo, a realidade dos presídios brasileiros é o oposto do que é legislado: os presos convivem juntos, independente se são provisórios ou condenados, da natureza do delito ou idade.

Isso resulta na chamada Escola do Crime, a coabitação com diferentes tipos de criminosos muitas vezes faz com que aquele se ingressou no sistema prisional saia mais propenso a cometer crimes do que quando entrou, sendo as vivências estabelecidas nos estabelecimentos prisionais passíveis de contribuir para a taxa de reincidência.

3.3.2. Reincidência: a consequência da impossibilidade de ressocialização

O objetivo da Lei nº 7.210/1984 é definido pelo artigo 1º enquanto o cumprimento do que é disposto na sentença ou decisão criminal, além da reinserção social do condenado e do internado.

Assim, o objetivo da pena privativa de liberdade que, em tese, seria a reeducação do condenado, de forma a prevenir novos crimes, e então reintegrá-lo no seio social, mostra-se impossível de ser alcançado.

Esse quadro é agravado ainda pela escassez de investimento na assistência ao egresso do sistema penitenciário, bem como a sua inclusão ao seio social. Diante da ausência de oportunidades de emprego e de estudo, muitas vezes este se vê sem muitas alternativas a não ser voltar a criminalidade.

3.4. A ADPF nº 347 e o Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário Brasileiro

3.4.1. O conceito do Estado de Coisas Inconstitucional

A inércia do Estado tem levado ao Poder Judiciário diversas demandas com o intuito de tutelar direitos de grupos negligenciados. Assim, destacam-se as decisões estruturais que buscam a superação de obstáculos institucionais na execução de direitos fundamentais, com a intervenção das instâncias judiciais na realização de políticas públicas.

Nesse contexto, vem à tona a discussão sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, sobre a técnica explica Matheus Serafim e Felipe Albuquerque:

> (...) foi desenvolvido, originalmente, pela Corte Constitucional Colombiana, em face de violações sistemáticas e institucionalizadas aos direitos fundamentais, decorrentes de omissões estatais. Por ser uma sentença estrutural, o instituto objetiva proporcionar o desenvolvimento de soluções para situações de graves inconstitucionalidades praticadas contra determinados grupos sociais. (SERAFIM; ALBUQUERQUE, MARMELSTEIN, 2020, p. 273).

3.4.2. As sentenças T-153 e T-025

Para análise do instituto e sua possível aplicação ao Sistema Penitenciário Brasileiro, é indispensável a análise de dois casos emblemáticos da Corte Constitucional Colombiana, os quais houve tal reconhecimento.

A Colômbia possuía um sistema carcerário responsável por inúmeras violações de direitos fundamentais, tendo como consequência o ajuizamento de diversas demandas versando sobre o tema, tratando especificamente sobre a realidade penitenciária das cidades de Bogotá e de Bellavista.

Todavia, tal situação se estendia por todo o território colombiano, o que foi levado em consideração pela Corte Constitucional. Assim, reconheceu-se o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional em 1998, através da sentença T-153. Em síntese, a sentença determinou a reorganização de políticas sobre a sua administração, assim como a criação de um novo planejamento orçamentário.

Todavia, os resultados pretendidos não foram alcançados, sobre isso Serafim e Albuquerque apontam:

> Primeiramente, a Corte Colombiana formulou medidas de forma solipsista, sem diálogo com os poderes políticos, aos quais compete a formulação e realização das políticas públicas. Além disso, não se estabeleceram formas eficientes de fiscalização do cumprimento das determinações presentes na sentença, o que era fundamental no referido caso. Ademais, conforme preleciona Ariza (2013, p. 151), não se realizaram discussões sobre o cerne da questão carcerária do país, ou seja, não se buscou a razão dos altos níveis de encarceramento, ou porque a reforma de presídios seria a medida mais adequada para solucionar o problema, se a taxa de encarceramento era crescente no país. (SERAFIM; ALBUQUERQUE, 2020, p. 274)

Anos depois, destacando-se da sentença anterior, a T-025 de 2004 trouxe resultados concretos para um grave problema social do país na época, os deslocados internos: vítimas dos conflitos armados que tinham que abandonar suas residências, vivendo à margem da sociedade, configurando uma verdadeira crise humanitária que demandava intervenção estatal.

Diante da situação de descaso, a Corte Constitucional reconheceu a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional em relação a esse grupo social. Essa sentença não estabeleceu as políticas públicas que os poderes, respetivamente, deveria executar, cabendo a cada um deles a implementação de medidas que lhe forem apropriadas de acordo com o orçamento disponível; bem como, a Corte estabeleceu meios de fiscalização judicial do cumprimento da sentença através de audiências públicas e o diálogo entre o Poder Judiciário e os demais agentes responsáveis (SERAFIM; ALBUQUERQUE, 2020, p. 276).

3.4.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou em 2015 a ADPF n. 347, com o objetivo de reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Nos pedidos definitivos, requer a superação do estado de coisas inconstitucional no prazo de 3 anos, evidenciando clara afinidade com a sentença T-153 colombiana, a qual, na época, previa o prazo de 4 anos para a realização do mesmo feito, o que mostrou- se insuficiente para a resolução da questão.

Ademais, o prazo de 3 meses para elaboração e encaminhamento para o STF por parte do Governo Federal de um Plano Nacional aos moldes do que é proposto na petição inicial mostra-se inviável.

Atualmente, apenas os pedidos cautelares foram julgados, sendo a análise dos pedidos finais posterior. Destaca-se a decisão de 27 de agosto de 2015 que deferiu parcialmente a medida liminar tratando, dentre outras coisas, da realização da audiência de custódia no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, bem como o incentivo a aplicação de penas alternativas à prisão.

Ademais, ainda sobre as medidas cautelares, cita-se parte da decisão de 17 de março de 2020 do relator Ministro Marco Aurélio:

> (...) De imediato, conclamo os Juízos da Execução a analisarem, ante a pandemia que chega ao País – infecção pelo vírus COVID19, conhecido, em geral, como coronavírus –, as providências sugeridas, contando com o necessário apoio dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais. A par da cautela no tocante à população carcerária, tendo em conta a orientação do Ministério da Saúde de segregação por catorze dias, eis as medidas processuais a serem, com urgência maior, examinadas:
>
> a) liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a sessenta anos, nos termos do artigo 1º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003;
>
> b) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19;
>
> c) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 – Estatuto da Primeira Infância;
>
> d) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça;
>
> e) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça;
>
> f) medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça;
>
> g) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; e
>
> h) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto (STF – TPI ADPF: 347 DF – DISTRITO FEDERAL 0003027-77.2015.1.00.0000, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/03/2020, Data de Publicação: DJe-065 20/03/2020).

Sobre o tema, diz Breno Baía Magalhães:

> A decisão do STF na ADPF 347 é inconsistente na caracterização dos pressupostos que justificariam a declaração de um ECI, as medidas cautelares deferidas são pouco efetivas, há uma injustificada demora no julgamento do mérito, os poderes apresentaram respostas pouco substantivas e que seguem a mesma natureza das políticas tradicionalmente desenvolvidas no Brasil e a capacidade de uma Corte Suprema mudar um estado fático de coisas por meio do Direito é posta em dúvida (MAGALHÃES, 2019, p. 31-32).

Portanto, para que a decisão do mérito da ADPF nº 347 tenha o resultado esperado, a saber, a efetividade dos direitos fundamentais do grupo social oprimido e o implemento das medidas internacionais mencionadas no decorrer dessa análise, é fundamental que seja pautada nos moldes da sentença T-025 e não da sentença T-153. Isso implicaria na busca pela inovação do tratamento da problemática ao realizar um diálogo entre o Poder Judiciário e os demais poderes e agentes responsáveis por efetivar as políticas públicas a serem prescritas.

4. CONCLUSÕES

Este estudo orientou a análise da realidade carcerária a qual reflete falhas de atuação do Estado e justifica uma intervenção do Poder Judiciário, a saber, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional aqui exposto através de uma sentença estrutural.

Esse é o fim da ADPF n. 347 que busca tal reconhecimento e a modificação desse panorama com a cumprimento dos direitos fundamentais e humanos dos aprisionados previstos no ordenamento jurídico, assim como decisões da Corte IDH sobre a matéria.

Apesar do julgamento do mérito a ser realizado gerar grandes expetativas sobre a resolução da problemática, é apontado um ponto fraco do referido processo, a utilização da sentença T-153 da Corte Constitucional Colombiana como modelo e não da sentença T-025 também da mesma Corte, sendo apenas a última capaz de trazer resultados concretos sobre a falha estrutural a qual se referia.

Ainda assim, espera-se que o julgamento da ação dê origem a uma sentença estrutural que quando implementada tenha como efeito dar efetividade às determinações internacionais sobre o contexto carcerário.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGA, Gabriela de Matas Soares. *O impacto da nova lei de drogas no sistema carcerário brasileiro.* Trabalho de Conclusão de Curso, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório de Inspeção nos Estabelecimentos Prisionais do Maranhão - Ofício 363/GP/2013.*

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.*

BRASIL. *Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.* Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.* Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação.

BRASIL. *Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992.* Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS (Infopen): período de julho a dezembro de 2019.*

BRASIL. *Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984.* Institui a Lei de Execução Penal.

CARVALHO, Salo de. *A política Criminal de Drogas no Brasil.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Corte IDH. *Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas em relação ao Brasil.* Resolução de 14 de outubro de 2019 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

DE SOUZA, Ana Paula Lemes. *Dignidade Humana Através do Espelho: O Novo Totem Contemporâneo.* Revista de Direito, Arte e Literatura, v. 1, n. 1, p. 23-41, 2015.

FARIAS, Luan Mateus. *SISTEMA PENITENCIÁRIO E OS DIREITOS HUMANOS.* Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2019.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. *O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana.* Boletim Científico ESMPU, a. 16, n. 49, p. 79-111. Brasília, 2017.

KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca Maruszczak Schneider. *A ADPF e o"Estado de Coisas Inconstitucional": ativismo diálogo e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil.* Direito, Estado e Sociedade, n. 53, pp. 147-181. Curitiba, 2018.

MAGALHÃES, Breno Baía. *O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos.* Revista de Direito GV, vol. 15 no. 2, São Paulo, 2019.

MALHEIRO, Emerson. *Curso de direitos humanos.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SANTOS, Helena Maria Pereira dos; VIEIRA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D'Alessandro; CHAGAS, Tayná Tavares das. *Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro.* Quaestio Iuris, vol. 08, n°. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. *O papel da Jurisdição Constitucional nas demandas estruturais: uma análise da ADPF n° 347/DF.* Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 43, p. 267-292, ago. 2020.

STF – TPI ADPF: 347 DF – DISTRITO FEDERAL 0003027-77.2015.1.00.0000, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/03/2020, Data de Publicação: DJe-065 20/03/2020

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. *ESTADO DE COISAS FORA DO LUGAR: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE A SENTENÇA T-025 E A ADPF 347/DF-MC*. In:

VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 203-223.

O PROCESSO DE DENÚNCIA DE TRATADO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS: PRERROGATIVA UNILATERAL DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA?

RASGA, Mariana de Freitas[1]
SILVA, Arthur Lannes[2]
COSTA, Marcelo Armando Carvalho Fonseca[3]

1 Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Professora Auxiliar da Universidade Estácio de Sá e da Universidade Veiga de Almeida. Pesquisadora do Programa de Pesquisa Produtividade da Universidade UNESA. e-mail: mfrasga@hotmail.com.

2 Graduando em direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA), Pesquisador do Projeto de Iniciação Científica (PIC) da Universidade Veiga de Almeida, da linha de pesquisa Direito, Constituição e Cidadanias, orientado pela Professora Doutora Mariana Rasga. E-mail: artlannes@outlook.com.

3 Graduando em direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA), Pesquisador do Projeto de Iniciação Científica (PIC) da Universidade Veiga de Almeida, da linha de pesquisa Direito, Constituição e Cidadanias, orientado pela Professora Mariana Rasga. E-mail: marcelo.armandocfcosta@hotmail.com.

RESUMO

O Congresso nacional assume importante tarefa ao aprovar tratados internacionais. O objetivo do presente trabalho consiste na possibilidade de o Chefe do Executivo denunciar um tratado internacional de direitos humanos sem participação do Poder Legislativo. Nesse panorama, a ausência de norma constitucional regulamentadora para definir a competência para o instituto da denúncia torna opaca a questão, sobretudo quando o tratado internacional versa sobre direitos humanos. Destaca-se o julgamento no Supremo Tribunal Federal da ADI n.º 1.625/DF, que visa questionar a constitucionalidade do Decreto Presidencial n. 2.100/96, que denunciou a Convenção n.º 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Dessa forma, através de pesquisa exploratória e pelo método dialético, o estudo foi elaborado, trazendo as particularidades da discussão sob aplicação de pesquisa bibliográfica e documental como fontes secundárias.

Palavras-chave: Denúncia de tratados. Direitos Humanos. ADI 1.625. Convenção nº 158 da OIT.

1. INTRODUÇÃO

O *iter* procedimental para a internalização de um tratado internacional no sistema jurídico nacional promove a participação do Congresso Nacional para sua aprovação ou desaprovação. Nesse sentido, os debates doutrinários que se formaram na seara da denúncia desses tratados internacionais se estendem do último século até a atualidade, Dessarte, a problemática elencada soma-se os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos.

Nessa linha, o objeto de questionamento da pesquisa é se o Chefe do Poder Executivo possui a autonomia exclusiva de retirar do escopo jurídico nacional um tratado internacional de direitos humanos. Tendo isso em vista, foi oportuno sondar, no decorrer do estudo, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.625 suscitada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT). Seu intento foi o de questionar a constitucionalidade do Decreto Presidencial n. 2.100 de 20 de dezembro de 1996 que denunciou a Convenção n.º 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Com isso, o objeto principal do referido tratado internacional é a garantia de proteção aos trabalhadores contra dispensas imotivadas e arbitrárias, sendo assim, trata-se de salvaguardar os direitos sociais dos empregados.

Nesse panorama, o artigo foi dividido em três partes: a primeira seção põe em relevo a Organização Internacional do Trabalho e a Convenção n.º 158. Nesse seguimento, foi analisada a função da organização vinculada à ONU. A segunda seção trata dos aspectos procedimentais e conceituais dos tratados internacionais no Brasil, mas principalmente, analisa a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.625/DF e os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal em seu julgamento. Por fim, a terceira parte desse artigo cuida do instituto jurídico da denúncia no Direito Internacional. Nesse sentido, foi imprescindível a análise comparada de Clóvis Beviláqua e Pontes de Miranda. Com objetivo de delinear a problemática e sua relevância para o cenário jurídico- político hodierno no Brasil, o presente estudo teve enfoque exploratório. Nesse sentido, através de pesquisa bibliográfica e documental, a pesquisa se desenvolveu de forma a compilar o conjunto de elementos que perfazem a temática. Não obstante, o estudo foi baseado no método dialético entre entendimentos distintos tanto na doutrina nacional quanto nos votos proferidos, até o momento, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de denunciar, por ato exclusivo, tratados internacionais sobre direitos humanos.

2. CONVENÇÃO Nº 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)

A Convenção n.º 158 da OIT é tratado internacional de direitos humanos que propõe a proteção do trabalhador contra dispensas arbitrárias e sem justa causa fundamentada no funcionamento da empresa e comportamento do empregado. Posteriormente à sua adição no ordenamento jurídico, ela foi denunciada pelo Chefe do Poder Executivo sem que, para a realização do instituto, fosse realizada fiscalização e aprovação do Congresso Nacional, remontando a longa prática de denúncia unilateral no Brasil. Dessa forma, convém ressaltar que as cláusulas da referida convenção estabelecem reforço aos princípios e normas constitucionais, sobretudo, àquelas que dispõem de direitos sociais e, por conseguinte, direitos humanos.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, teve como base pressupostos humanitários pós-Revolução Industrial, promovendo a justiça social. Com efeito, no ano de seu 50º aniversário, em 1969, recebeu o Prêmio Nobel da Paz, sob consideração pelo Presidente do Comitê do Prêmio Nobel como a "consciência social da humanidade".

A Convenção de número 158 foi estabelecida na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho que ocorreu no ano de 1982, em Genebra. Nesta reunião, além da referida convenção, foi formulada a Recomendação 166 que trata do mesmo tema, ou seja, a cessação da relação de trabalho por iniciativa do empregador. A Convenção, entretanto, só passou a ter vigência no direito internacional em 23 de novembro de 1985. Passando pelos procedimentos de internacionalização de tratados internacionais, no Brasil, a chegada da Convenção n.º 158 marcou o início da problemática de debilidade do processo de recepção de normais de Direito Internacional Público. Dessa forma, a Convenção n.º 158 foi aprovada através do Decreto Legislativo n. 68 em 17 de setembro de 1992 e ratificada em 4 de janeiro de 1995. O Governo Federal, publicou a convenção em português com a promulgação do tratado no dia 10 de abril de 1996 com o Decreto n.º 1.855.

Contudo, após 7 meses da promulgação, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso efetuou o instituto da denúncia de forma unilateral, ou seja, sem a anuência do Congresso Nacional, ao tratado internacional. Para tal, uma nota foi enviada para o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, assinada pelo Embaixador Chefe da Delegação Permanente do Brasil em Genebra (Ofício n. 397, de 20/11/96). Com efeito,

a promulgação da denúncia através do Decreto 2.100, de 20 de dezembro de 1996 foi realizada, assim como o anúncio de que a Convenção n.º 158 não mais vigoraria no direito interno a partir de 20 de novembro de 1997.

Com relação a convenção em discussão, importante debate constitucional se perfez em sua entrada no direito interno, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480. Essa ação impetrada pela Confederação Nacional da Industria (CNI), questionou sobre a compatibilidade do tratado internacional com a Carta Magna de 1988. Em seu pedido de liminar, duas ordens de inconstitucionalidade foram declaradas pela CNI, uma sob aspecto formal e outro sob aspecto material.

Nesse sentido, o aspecto formal se concentra na própria Convenção n.º 158 como um todo, pois, o art. 7º, I, da CRFB/88 expressa que o direito de proteção contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa será nos termos da lei complementar, sendo assim, o tratado internacional não poderia versar sobre o tema pois, à época, teria status de lei ordinária na ordem interna nacional. Sob o aspecto material, a ADI se concentrou na incompatibilidade do art. 10º da Convenção n.º 158, que possibilitaria a reintegração do trabalhador quando sua dispensa fosse considerada, pelos órgãos neutros, injustificada. Dessa forma, o retromencionado art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 seria contrariado, haja vista que o dispositivo trás o remédio jurídico da indenização compensatória para o caso de dispensa arbitrária ou sem justa causa.

No julgamento do pedido de liminar, o voto de Celso de Mello foi o que preponderou, dizendo que a Convenção n.º 158 estabelece apenas diretrizes gerais sobre o término da relação de trabalho. Sendo assim, seriam necessárias leis complementares para definir as nuances das diretrizes e seus efeitos em território nacional, a julgar pelo status de lei ordinária dos tratados internacionais. Portanto, Celso de Mello teve o entendimento de que não haveria caráter de autoaplicabilidade na Convenção n.º 158.

Ademais, o mesmo Ministro entendeu que a única forma de compensação por uma dispensa com motivos injustificados seria a de indenização. Dessa forma, contrariando o disposto no art. 10º, que permite a reintegração do trabalhador.

Após o acórdão, a Ação Direta de Constitucionalidade foi extinta por perda superveniente do objeto da liminar, haja vista a concretização da denúncia n. 2.100/96. Contudo, na hipótese de a denúncia ser julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, assim como o desencadear do efeito repristinatório da Convenção n.º 158, o debate sobre a ADI 1.480-3 retornará, pondo em pauta a autoaplicação dos efeitos do Tratado Internacional.

3. ASPECTOS SOBRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 1.625

Afora a ADI 1480, acerca da inconstitucionalidade da Convenção n.º 158, outra Ação Direta de Inconstitucionalidade envolveu o referido tratado, a ADI n. 1.625/DF sobre a denúncia n. 2.100/96. A denúncia efetuada unilateralmente pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso em 1996 feita à Convenção n.º 158 suscitou um debate histórico pela definição de quem é a competência para denunciar um tratado internacional, em especial, que verse sobre direitos humanos. Sendo assim, a ADI n. 1.625 ajuizada ao Supremo Tribunal Federal (STF) pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT) em 17 de junho de 1997, pôs em questionamento a possibilidade de uma denúncia ser feita de forma unilateral pelo Chefe do Poder Executivo, expressando a necessidade do aval do Poder Legislativo para o ato.

Nesse panorama, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625 teve como enfoque a incompatibilidade da denúncia n. 2.100/96 com a Constituição Federal no que diz respeito ao seu artigo 49, inciso I, em que compete ao Congresso Nacional "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional". Com efeito, o aval do Poder Legislativo para efetuar uma denúncia sobre um tratado internacional seria indispensável, sobretudo aqueles que versam sobre direitos humanos. Portanto, o Congresso seria competente para aprovar o referendar a denúncia realizada pelo Poder Executivo, porquanto também lhe cabe a competência de aprovar os tratados normativos.

Além disso, conforme preceitua o artigo 2 da ratificada Convenção nº 144 da OIT, igualmente seria necessário a consulta prévia feita de forma tripartite para a aplicação das normas do trabalho. Sendo assim, a proposta de denúncia deveria ser discutida entre os representantes do governo, dos trabalhadores e dos empregadores. Na reunião realizada em 13 de novembro de 1996 sobre a pauta da denúncia, não houve mencionada discussão, tampouco consulta prévia, mas apenas a menção da intenção do governo brasileiro de denunciar a Convenção n.º 158.

Vale ressaltar o entendimento que defende de que são necessários 10 anos após a ratificação do tratado no plano interno para que haja a efetuação da denúncia. Assim, contrariando o entendimento da Organização Internacional do Trabalho em relação ao art. 17 da Convenção n.º 158,

que dispõe sobre o supracitado prazo de 10 anos contados da vigência da Convenção, nesse caso, quando da vigência internacional.

Perdurando até o momento, o debate se formalizou no STF, tendo como relator o falecido Ministro Maurício Corrêa, e possui até então, 6 votos. É oportuno, portanto, o detalhamento dos pontos principais trazidos em cada voto dos Ministros.

3.1 O voto do Ministro Relator Maurício Corrêa

O Relator da ADI 1.625/DF, o falecido ex-Ministro Maurício Corrêa, em suas considerações preliminares, retirou a Central Única dos Trabalhadores do polo ativo do pedido por não se enquadrar no requisito contido no art. 103, IX, da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, reconheceu a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura, por ser ente sindical.

Em seguida, prelecionou que, da mesma forma que é necessário a aprovação do Congresso Nacional para a internalização de um tratado internacional no âmbito nacional, também o é quando da sua exclusão. Nesse sentido, exprime o art. 49, I, da CRFB/88, em que o Poder Legislativo resolve definitivamente sobre os tratados internacionais, logicamente, também resolveria quanto a dar sua última palavra sobre a exclusão do mundo jurídico.

Além disso, o Ministro afirma que a denúncia unilateral feita pelo presidente por ato administrativo sem o aval do Congresso Nacional não seria possível, haja vista a hierarquia necessária para revogar uma norma equivalente a lei ordinária. Caso contrário, seria permitido ao Chefe do Poder Executivo a derrogação de um ato normativo com força de lei de forma unilateral, sem anuência do Poder Legislativo.

Com efeito, o voto do Ministro Maurício Corrêa foi pela procedência parcial da Ação Direta de Inconstitucionalidade, porquanto a confecção do decreto se fez pela competência que o Chefe do Poder Executivo tem para denunciar Tratados Internacionais. Contudo, a falha está nos efeitos produzidos em âmbito interno, pois é indispensável a anuência do Congresso Nacional para que haja a eficácia da denúncia.

3.2 O voto do Ministro Joaquim Barbosa

Em voto-vista conferido em 03 de junho de 2009, o Ministro Joaquim Barbosa teceu complementações acerca do voto do Ministro Relator Maurício Corrêa e divergiu do Ministro Nelson Jobim, este que será tratado mais adiante. Contextualizando o debate, o Ministro apresentou

o parecer de Clóvis Beviláqua, de 1926, sobre o ato de denúncia unilateral pelo Presidente da República, para ele, a aprovação parlamentar seria desnecessária para o instituto da denúncia. Dessa forma, ficaria tacitamente autorizado, após a ratificação no direito interno, que o Presidente, no exercício de sua função de execução de tratados, denunciasse, sendo apenas um ato "meramente administrativo".

Nesse panorama, divergindo de Beviláqua e, portanto, defendendo a intervenção do Poder Legislativo na denúncia de Tratados Internacionais, o Ministro Joaquim Barbosa leciona que "não decorre apenas da previsão da existência de um controle a ser exercido sobre a atividade do Executivo. Mais do que isso, a aprovação (ou reprovação) é um ato de vontade concordante ao conteúdo disposto em um tratado internacional" (BARBOSA, 2009, 25-26). Dessa forma, acerca dessa tese, o Ministro elenca três consequências.

O Ministro Joaquim Barbosa votou como plenamente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.625. Nesse ponto, Barbosa diverge do voto do Ministro Relator Maurício Corrêa acerca da interpretação conforme o art. 49, I, da CRFB/88 por duas razões.

3.3 O voto do Ministro Nelson Jobim

Ao apresentar seu voto-vista no dia 29 de março de 2006, o Ministro Nelson Jobim foi o único voto que defendeu a unilateralidade de denúncia pelo Chefe de Estado, com o pensamento convergente à separação das funções dos poderes, com fulcro na Constituição Federal. Nessa perspectiva, de acordo com a CRFB/88 em seu Art. 84, VIII, Presidente da República, na internalização de tratado, convenção e ato internacional, possui competência privativa para sua celebração. Sendo assim, representando a União no âmbito internacional, o Chefe do Poder Executivo tem em sua própria função administrativa, a possibilidade de denunciar um tratado internacional, mesmo que sem aquiescência do Poder Legislativo.

Nesse panorama, não há impedimento na Constituição Federal de 1988 de que o Presidente da República possa, unilateralmente, denunciar um tratado internacional. Assim, o Ministro cita alguns Chefes de Estado que, historicamente, denunciaram sem anuência do Congresso: Artur Bernardes, que retirou o Brasil da Liga das Nações em 1926; o término e restabelecimento de relações diplomáticas entre o Brasil e a antiga União Soviética, atos unilaterais de Eurico Gaspar Dutra e Jânio Quadros, respectivamente. Dessa forma, ele defende que a decisão do Presidente de retirar o tratado internacional do ordenamento jurídico através do art. 17 da Convenção n.º 158, é válida.

3.4 O voto do Ministro Ayres Britto

O voto do Ministro Carlos Ayres Britto acompanhou o do Ministro Relator Maurício Corrêa. Sendo assim, entende que o Presidente da República, unilateralmente, não pode denunciar uma lei de caráter ordinário sem prévio consentimento do Congresso Nacional, julgou, outrossim, a ação como parcialmente procedente. Entretanto, sua consideração foi de reconhecimento da Central Única dos Trabalhadores como polo ativo.

O Ministro Carlos Britto foi sucedido por Luís Roberto Barroso, que não vota.

3.5 O voto do Ministro Teori Zavascki

Não foi possível o acesso ao voto-vista do falecido Ministro Teori Zavascki. Sabe- se, contudo, que seu voto foi pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.625. Nesse sentido, o Ministro julgou, pelo histórico de denúncias unilaterais no país, que, por efeitos de modulação, seria melhor considerar o entendimento da ADI 1.625 de forma prospectiva. Dessa forma, entende que, apesar de o Poder Executivo deter de certo destaque quanto as relações internacionais, não seria correto que realizasse denúncias de tratados, acordos e atos internacionais sem o aval do Congresso Nacional.

3.6 O voto da Ministra Rosa Weber

Sucessora da aposentada ex-Ministra Ellen Gracie, Ministra Rosa Weber, apresentou seu voto-vista em 11 de novembro de 2015, após a suspensão do julgamento ante do pedido de vista por aquela. Nesse sentido, a ministra argumentou em prol do entendimento do Ministro Joaquim Barbosa, acompanhando-o. Em seu voto-vista, a ministra destacou que o debate não tem escopo na validade da denúncia realizada, mas do decreto federal que a pronunciou, que implica na revogação de um tratado internacional inserido no ordenamento interno como lei ordinária.

Dessa maneira, votou pela plena procedência da ADI 1.625/DF, baseando-se nos fundamentos da Constituição Federal que impedem a revogação de leis ordinárias pelo Chefe do Poder Executivo. Nessa lógica, o decreto que incorporou o tratado internacional equivale a lei ordinária, ficando protegido contra atos administrativos arbitrários como a utilização do instituto da denúncia feita unilateralmente. O Ministro Nelson Jobim foi sucedido pela Ministra Carmen Lúcia, que não vota.

3.7 O voto do Ministro Dias Toffoli

O Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos em 14 de setembro de 2016, suspendendo o julgamento.

3.8 Situação atual da ADI nº 1.625

Até agora, seis ministros votaram, dois pela integral procedência, dois pela procedência parcial e dois pela improcedência da ADI n.º 1.625. Dessa forma, faltam votar os Ministros Kassio Nunes Marques, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Dias Toffoli. Este último, suspendendo o julgamento, pediu vista dos autos em 14 de setembro de 2016, mas os devolveu em 3 de agosto de 2020. Com efeito, 4 meses depois, restou agendado a próxima data de julgamento, em 17/03/2021, mas foi excluído do calendário pelo Presidente em 19 de fevereiro do mesmo ano.

De outra parte, o debate acerca da procedência da ADI n. 1.625/DF e, em geral, sobre a participação do Congresso Nacional no processo de denúncia de tratado internacional não se limita ao que acontece na Corte. A discussão no âmbito doutrinário se estende historicamente há quase um século, alguns autores como Clóvis Beviláqua, Pedro Sloboda, e Francisco Rezek se mostraram favoráveis à possibilidade de o Presidente da República retirar do escopo jurídico interno um tratado internacional, mesmo sem aval do parlamento.

Atuando como consultor jurídico de Itamaraty, Clóvis Beviláqua apresentou seu Parecer Jurídico em 1926 para defender a saída do Brasil da Liga das Nações, decisão tomada unilateralmente pelo então Presidente Artur Bernardes. Para Clóvis (1926, p. 347), a aprovação parlamentar da internalização do tratado internacional levaria a uma anuência tácita para que o Chefe do Poder Executivo possa denunciar. Dessa forma, ele considera a denúncia "meramente administrativo", sendo direito do Presidente da República de extinguir um tratado internacional que também possua cláusula para tal.

Além disso, diz ser desnecessária prévia autorização do Congresso Nacional para o cumprimento da cláusula de denúncia inserida no tratado. Nesse sentido, Clóvis (1926, p. 348) diz que, se fosse esse o caso, também seria necessária autorização para o cumprimento de cada outra cláusula do tratado, transferindo, praticamente, a execução do Pacto para o parlamento.

De outra perspectiva, autores como Flávia Piovesan, Paulo Henrique Gonçalves Portela, Pontes de Miranda e Valério de Oliveira Mazzuoli, apresentaram teses que divergiram desse pensamento, defendendo a

prévia anuência do Poder Legislativo para a realização de uma denúncia de tratado internacional.

Flávia Piovesan, ao discorrer sobre tratados internacionais de direitos humanos, identifica que no atual sistema constitucional, a denúncia dos tratados é de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Contudo, para ela "seria mais coerente aplicar ao ato da denúncia o mesmo procedimento aplicável ao ato de ratificação" (2013, p. 139), ou seja, "se para a ratificação é necessário um ato complexo, fruto da conjugação de vontades do Executivo e Legislativo, para o ato de denúncia também este deveria ser o procedimento" (2013, p. 139).

Para Pontes de Miranda, se contrapondo à tese apresentada por Clóvis Beviláqua em 1926, "aprovar tratado, convenção ou acôrdo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais" (1970, p. 109). Nesse sentido, Pontes de Miranda tem um olhar direcionado para o conteúdo principiológico da Constituição Federal quanto a questão da denúncia, mais especificamente, para o princípio do ato contrário desacolhido por Francisco Rezek. Sendo assim, se no momento da ratificação do tratado internacional os dois poderes tiveram participação para a aprovação, também deveria ser assim no momento de sua revogação na ordem jurídica nacional.

4. DENÚNCIA AOS TRATADOS INTERNACIONAIS E PARTICIPAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO

A denúncia de tratados internacionais é uma das formas de extingui-las do âmbito nacional, sendo parte da vontade unilateral de um Estado-membro. A celeuma é localizada, entretanto, na competência de quem pode realizar a denúncia dentro do procedimento interno.

A denúncia é uma das hipóteses para que seja extinto um tratado internacional, sua determinação é por vontade unilateral do Estado ao qual é signatário.

Nesse raciocínio, o processo de denúncia é uma temática nebulosa no direito nacional. Apesar do costume jurídico de primazia do Presidente da República denunciar unilateralmente, a Constituição Federal de 1988 não traz dispositivo que deixe explícito a realização deste instituto, sendo uma verdadeira lacuna constitucional ao tema. No Brasil, a administração das relações externas cabe ao Poder Executivo, dessa forma, segunda parte da doutrina, o ato da denúncia pode ser realizado devido à ausência normativa que defina impedimento.

Em análise detida da questão da denúncia de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, o escopo do instituto pelo Presidente da República se limita. Os tratados internacionais de direitos humanos possuem substancial proteção no ordenamento jurídico, sobretudo após a adição do parágrafo 3º no artigo 5º da CRFB/88 pela EC/45, que passam a fazer parte do bloco de constitucionalidade da Constituição Federal. Também estariam amparados pela proteção contra quaisquer modificações, assim como dispõe o art. 60, §4º, da Carta Magna, sendo consideradas cláusulas pétreas. Dessa forma, denúncias feitas contra esses tratados internacionais estariam tentando retirar direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal.

Nesse sentido, muito se discute acerca de sua função dentro da participação do Congresso Nacional na denúncia de tratados internacionais. Pedro Sloboda (2016, p. 7), por exemplo, diz que o inciso I do referido artigo somente dá competência para resolução definitiva pelo Poder Legislativo àqueles tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Mazzuoli (2019, p. 449), por outro lado, diz que o Poder Legislativo deve resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais, quaisquer que sejam, pois pelo princípio do ato contrário, assim como na promulgação desses, a aprovação do Congresso Nacional também deve valer na exclusão do universo jurídico.

No Brasil, dois relevantes casos de denúncia unilateral por parte do Presidente da República aconteceram, a denúncia do Brasil ao Pacto da Liga das Nações, pelo Presidente Artur Bernardes (1926) e a denúncia da Convenção n.º 158 pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso (1996). Outro ato feito exclusivamente pelo Chefe do Executivo foi o rompimento de relações diplomáticas do Brasil com a URSS pelo Presidente Gaspar Dutra (1947).

No histórico do debate acerca da participação do Poder Legislativo no instituto jurídico da denúncia, o caso que envolveu a denúncia do Brasil à Sociedade das Nações pelo Presidente Artur Bernardes foi o estopim para que a temática alcançasse novos horizontes. Em 1926, quando foi denunciado o Pacto, o então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Clóvis Beviláqua foi requisitado para emitir um parecer jurídico sobre a possibilidade de a denúncia ocorrer mesmo sem aquiescência do Congresso Nacional. Em seu parecer apresentado em 05 de julho de 1926, Clóvis Beviláqua afirmou ser dispensável a anuência do Poder Legislativo para denúncia internacional feita pelo Chefe do Poder Executivo.

Dessarte, porquanto a ausência de um dispositivo constitucional que clarifique a questão, tacitamente estaria atribuindo ao Poder Executivo o direito de, por ato típico de sua função, denunciar um tratado, acordo ou ato internacional sem precisar da autorização parlamentar. Nesse sentido, a separação dos poderes em funções específicas corrobora para a tese, haja vista o papel de cuidar das relações internacionais do Poder Executivo.

Em contrapartida, sob égide da constituição de 1967, o jurista Pontes de Miranda foi o primeiro a rechaçar a tese defendida por Clóvis Beviláqua. No bojo dos princípios fundamentais, o ilustre jurista leciona que, pelo princípio do ato contrário, assim como na internalização do tratado internacional foi imprescindível a participação do Poder Legislativo para a sua aprovação, igualmente seria em sua extinção. Por outro lado, caso não assim o fosse, estaria violando princípios resguardados pela Constituição Federal.

4.1 Extensão ou limites dos efeitos que serão produzidos com o julgamento final da ADI 1625

Na hipótese de o Supremo Tribunal Federal considerar procedente a ADI n.º 1.625/DF, estar-se-á revogando a denúncia n.º 2.100/96 sobre a Convenção n.º 158 da OIT. Tendo isso em vista, a pergunta que se fica é se seria possível a ocorrência do instituto jurídico da repristinação no caso conspícuo. Dessa maneira, podem os efeitos da Convenção n.º 158 voltar a viger pela revogação da denúncia que a excluiu do ordenamento jurídico?

A princípio, a repristinação não é admitida por força do art. 2º, §3º do Decreto- Lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em que "salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência". Nesse sentido, distingue-se o instituto jurídico da repristinação e o efeito repristinatório, este pode ser modulado pelo Supremo Tribunal Federal no ato de decisão, enquanto aquele está previsto no artigo retromencionado. O efeito repristinatório está previsto no artigo 11 § 2º da lei 9.868/99 e, como explica Alfradique (2013, apud LEONARDO e CAMPOS, 2015), é aquele "que ocorre quando uma lei é revogada e declarada nula em um controle de constitucionalidade abstrato, voltando a vigorar a lei anterior". Dessa forma, para não haver insegurança jurídica pela falta de norma reguladora, o STF admitiria o efeito repristinatório.

Nesse sentido, caso o Supremo Tribunal Federal julgue procedente a ADI n. 1.625/DF, alterará o sistema jurídico nacional, significando, como afirma Borges (2018), "um ponto de inflexão no direito brasileiro".

Segundo o autor, o primeiro ponto de inflexão é nas relações exteriores com o Brasil, haja vista que a atuação do Poder Legislativo será intensificada na questão da denúncia. Com efeito, ao estabelecer que é essencial a manifestação do Congresso Nacional para a plena realização do instituto da denúncia, retirará a exclusividade do Chefe do Poder Executivo para tal, modificando essa longa prática no direito internacional brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prerrogativa do Presidente da República denunciar unilateralmente um tratado internacional de direitos humanos suscita um amplo debate. A presente pesquisa teve como objetivo a análise dos elementos principais que cercam a temática da denúncia de tratados internacionais e a participação do Poder legislativo em sua resolução, sobretudo, aqueles que compõem o todo jurídico da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625/DF.

No âmbito do direito internacional, para a internalização de um tratado internacional é imperioso a aprovação do Congresso Nacional antes de passar pelos demais processos de ratificação. Nesse raciocínio, o Poder Executivo e o Legislativo agem, tecnicamente, em conjunto para a internalização do tratado internacional servindo como freio e contrapeso um do outro. Entendemos, desse modo, que seria apropriado, pelo princípio da harmonia dos três poderes e do ato contrário, que o Congresso Nacional participe na desobrigação de tratados internacionais com sua aprovação ou desaprovação. Sendo assim, a atual maioria de votos convergem para necessidade de o Poder Legislativo intervir no processo de denúncia de tratados, acordos e atos internacionais, por conseguinte, ampliando a participação do interesse público nos tratados relativos a direitos sociais. Apesar de haver a possibilidade de mudança no rumo do julgamento haja vista que restam cinco votos, parece-nos que a primazia da proteção dos direitos do trabalhador permanecerá em vanguarda. Não obstante, insta que a verificação dos efeitos jurídicos decorrentes da procedência da ADI n. 1.625/DF não foi, por prudência ao caso concreto, em tão alto grau explorada pelos eminentes ministros do STF, restando nebulosa a questão tocante à repristinação da Convenção n.º 158. Em vista disso, na hipótese da procedência da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, urge, para a preservação da segurança jurídica, que os direitos sociais sejam preservados através do retorno do tratado internacional em pauta.

Em virtude dos tópicos elencados no presente estudo, entende-se que a prevalência dos direitos humanos na seara internacional deve ser preservada, como explicado pelo ministro Joaquim Barbosa em seu voto-vista.

Dessa forma, para a manutenção do Estado Democrático de Direito, a fiscalização do Poder Legislativo no ato de denúncia de tratados internacionais é indispensável e, ao afastar sua participação, estará subvertendo a Constituição Federal de 1988 e suas disposições principiológicas.

5. REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador. *Revista eletrônica*: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, RS, v. 3, n. 38, p. 56-71, jan. 2007.

BEVILAQUA, Clovis. Denúncia de tratado e saído do Brasil da Sociedade das Nações. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (org.). *Pareceres dos consultores Jurídicos do Itamaraty.* Vol. II (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000, p. 347 a 354.

BRASIL. Decreto nº 7.030/2009. Promulga a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66.

BORGES, Daniel Damásio. E se o Supremo Tribunal Federal (STF) restabelecer a vigência da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) na ordem jurídica brasileira? Sobre uma possível reviravolta, pela via do direito internacional, das leis trabalhistas brasileiras. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 138- 163, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PORTELA, P. H. G. A possibilidade da denúncia de tratados de direitos humanos no Brasil e o Congresso Nacional. *Revista Direito e Liberdade*, Fortaleza, v. 8, n. 1, p. 413- 428, jan./jun. 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. 3.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SLOBODA, Pedro Muniz Pinto. *Denúncia de tratado não deve depender de aprovação parlamentar*. In MENEZES, Wagner. Direito Internacional em Expansão. Volume VII. Belo Horizonte: Arraes, 2016. PP. 301 – 312.

OS NÚCLEOS DE PRÁTICA JURÍDICA (NPJS) E A ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA NO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA-RJ: OBSERVAÇÕES SOBRE AS SUAS LOCALIZAÇÕES

BONDEZAN, Gabriela Rangel[1]
MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes[2]

1 Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) em Volta Redonda-RJ. Artigo elaborado como fruto do desenvolvimento de Projeto de Pesquisa financiado pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica fomentado pela UFF, vigência 2020/2021. Currículo Lattes disponível em: http://lattes.cnpq.br/8446385357863763. E-mail: gabrielabondezan@id.uff.br.

2 Doutor em Direito. Professor Adjunto do Departamento de Direito (VDI) da Universidade Federal Fluminense (UFF) e líder do Grupo de Estudos sobre Jurisdição, Constituição e Processo. Currículo Lattes disponível em: http://lattes.cnpq.br/5258647698639534. E-mail: matheus.vgm@outlook.com.

RESUMO

Tem-se como objetivo analisar o oferecimento da assistência jurídica gratuita (AJG) no Município de Volta Redonda-RJ pelos Núcleos de Prática Jurídica (NPJ), em relação as suas localizações. Essa proposta está inserida numa pesquisa mais abrangente em andamento, cujo foco é desenvolver, sob o prisma das barreiras e ondas renovatórias de acesso à justiça - Cappelletti e Garth (1988) -, estudo sobre a AJG ofertada pelos NPJs neste Município, interrelacionando-se com outras, no mesmo grupo de pesquisa, sobre a prestação da AJG por diversas instituições na mesma localidade. Um dos meios de obtenção de conteúdo para a análise proposta foi a solicitação formal de documentos. No entanto, sem efetivos retornos e com a pesquisa em bibliografias e sites oficiais, extraiu- se ao máximo as informações pertinentes aos escritórios jurídicos objetos desse estudo. As informações coletadas demonstram concentração dos órgãos nos bairros centrais, sendo um forte indício de óbice para o acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Núcleo de Prática Jurídica; Volta Redonda; Ondas Renovatórias; Assistência Judiciária Gratuita.

1. INTRODUÇÃO

1.1. Breve introdução acerca da obra *Acesso à Justiça* de Mauro Cappelletti e Bryant Garth: entre os obstáculos e ondas do Acesso à Justiça

O exercício da cidadania, estimulado pelo movimento de acesso à justiça, é um dos principais meios para o combate dos óbices práticos que envolvem a efetivação de uma sociedade igualitária, idealizada pela Constituição Cidadã. Tal movimento, fortalecido através da obra internacionalmente conhecida "Acesso à Justiça" de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), promoveu mudanças substanciais no tocante à Evolução do conceito teórico de acesso à justiça:

> De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação [...]. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. [...] O 'acesso' não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 11-13).

A partir dessas palavras, dentro das problemáticas abordadas pelos estudiosos está a indefinição do termo "Acesso à Justiça" em que restou a análise finalística essencial do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a de ser igualmente acessível a todos os indivíduos. Ademais, o efetivo acesso à justiça não se limita ao alcance ao Poder Judiciário, como também o suporte aos litigantes em todas as fases, do início ao fim do processo, e, até mesmo, nos meios extrajudiciais, além da instrução sobre os direitos e suas demandas juridicamente exigíveis (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Soma-se a isso, a identificação das custas judiciais como o primeiro obstáculo para o efetivo acesso à justiça. Os litigantes suportam, individualmente, o pagamento relativo aos honorários advocatícios para que tenham suas pretensões jurídicas analisadas. Dessa forma os autores propuseram a primeira onda de soluções práticas para os problemas de acesso à justiça: "a assistência judiciária para os pobres" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988,

P. 18;31). Assim, surge a gratuidade de justiça como reflexo dessa primeira onda renovatória do acesso à justiça a fim de garantir os direitos fundamentais aos serviços jurídicos aos hipossuficientes (CAPPELLETTI; GARTH, 1988), respaldada na Carta Maior nos arts. 227, VI, e 5°, LXXIV, assim como nos arts. 98 a 102 da Lei n° 13.105/15, no Código de Processo Civil.

Nesse ínterim, tem-se o Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) como instrumento para o desenvolvimento dos direitos dos cidadãos (OLIVEIRA, 2011). Este trabalho, com a delimitação espacial em Volta Redonda-RJ, buscando analisar precipuamente em qual grau os NPJs, localizados nesse município, contribuem para a assistência jurídica gratuita e suas particularidades, como é o caso de suas localizações geográficas.

2. IMPORTÂNCIA SOCIOEDUCACIONAL DOS NÚCLEOS DE PRÁTICA JURÍDICA (NPJS)

Os Núcleos de Prática Jurídica constituem papel intrínseco na formação dos bacharéis em Direito, já que são repartições das instituições de ensino superior responsáveis pelo dinamismo entre os ensinamentos teóricos e as atividades hodiernas da atuação profissional (EID, 2012). Atividades essas necessariamente práticas e sob supervisão avaliativa, relacionando peças processuais, rotinas, audiências, visitas a órgãos do Poder Judiciário e prestação de serviços jurídicos. Em geral, são desempenhadas todas as práticas que o ordenamento dispõe como assistência judiciária gratuita, ressaltando uma das características principais do NPJ, qual seja, a isenção de custas para os assistidos (SILVEIRA; SANCHES, 2013). Dessa forma, o NPJ proporciona ao graduando o contato com a população hipossuficiente, conscientizando-o sobre a importância de sua atuação frente às desigualdades sociais a serem constantemente enfrentadas pelo profissional do Direito (SILVEIRA; SANCHES, 2013). Diante disso, tem-se que esses Escritórios Modelo possuem uma dupla funcionalidade: a pedagógica e a de facilitador do acesso à justiça pelos economicamente vulneráveis. Essa, decorre da prestação de assistência jurídica integral e gratuita prevista no inciso LXXIV, art. 5° da Constituição Federal[3] (OLIVEIRA, 2011). Aquela, na seara curricular, com a abordagem prática de diversas disciplinas como Direito Civil e Penal, por exemplo, transmite aos alunos como se dá cada funcionamento dos órgãos envolvidos

3 Art. 5º 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;

para essa prestação jurisdicional, o que possibilita a visão ampla do futuro bacharel das possíveis carreiras a serem alcançadas. Além disso, mostra-se importante para a aprovação na segunda fase do exame de ordem, em que o candidato, para ser regularmente inscrito nos quadros de advogados da Ordem dos Advogados do Brasil, passa pela avaliação de peças práticas e questões-problemas simuladas (EID, 2012).

A junção desses vieses é essencial para a formação para os aplicadores do Direito, ao passo que o contato com a realidade de diversos problemas sociais auxilia no crescimento individual e coletivo não só no momento da assistência jurídica, mas também para a concepção de futuro, de conscientização e responsabilidade sociais (OLIVEIRA, 2011). Há uma constante e inerente troca de informações e vivências jurídicas proporcionada pelos NPJs, oferecendo aos bacharéis um espaço de debate com estímulo aos estudos e autocrítica da ciência jurídica. Ademais, é necessária a constante perspectiva social dos núcleos, para que, gradualmente, haja o fortalecimento das relações com a população economicamente vulnerável, como também da oferta de meios para o exercício da cidadania (PEREIRA, 2011).

2.2. Análise normativa dos NPJs

Para que haja o diálogo entre a comunidade e os Núcleos de Prática Jurídica, a Ordem dos Advogados do Brasil, juntamente com o Ministério da Educação (MEC), comportam-se como responsáveis para promoção educativa dos Cursos de Direito (SANTOS; GONÇALVES, 2013). Possui como essência a orientação e efetivação do ensinamento prático aos bacharéis, ao passo que, desde 1963, com o Estatuto da OAB, houve a disposição sobre a necessidade do estágio prático para os profissionais cuja intenção era a inscrição nos quadros da instituição. Já em 1972, houve a exigência de constituição dos escritórios-modelo nas instituições de ensino (SILVEIRA; SANCHES, 2013). Dessa forma, a Lei nº 5.842/72, revogada pelo atual Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, dispunha, em seu art. 1º que:

> Para fins de inscrição no quadro de advogados da Ordem dos Advogados do Brasil, ficam dispensados do exame de Ordem e de comprovação do exercício e resultado do estágio de que trata a Lei no 4.215, de 27 de abril de 1963, os Bacharéis em Direito que realizaram junto às respectivas faculdades estágio de prática forense e organização judiciária.

Assim, os bacharéis que executaram o estágio forense, durante o período acadêmico, estavam dispensados do Exame da Ordem para fins de inscrição como advogado (SANTOS; GONÇALVES, 2013). No entanto, diante de toda uma mobilização da Comissão da OAB e do MEC, foi editada a Portaria MEC nº 1.886/94, em que há fixação de novas diretrizes curriculares e o conteúdo basilar para os cursos jurídicos nacionais. Dentre as mudanças previstas por essa normativa estão: (a) exigência de, no mínimo, 5 (cinco) anos para graduação; (b) obrigatoriedade de atividades de pesquisa e extensão; (c) obrigatoriedade da defesa de monografia de final de curso (SILVEIRA; SANCHES, 2013); (d) obrigatoriedade de escritório jurídico (NPJ) em toda faculdade cuja finalidade é o desenvolvimento da prática forense aos futuros bacharéis (OLIVEIRA, 2011), com a realização de atividades práticas simuladas e reais supervisionadas (EID, 2012).

Logo após essa edição, em 1996, foi promulgada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Lei nº 9.394/1996, com ênfase em seu artigo 43, vejamos:

> Art. 43. A educação superior tem por finalidade:
>
> I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;
>
> II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;
>
> III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive; IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;
>
> V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;
>
> VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

> VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.
>
> VIII- atuar em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais, a realização de pesquisas pedagógicas e o desenvolvimento de atividades de extensão que aproximem os dois níveis escolares.

Essa norma tornou explícita a necessidade de vincular a educação superior com diversos aspectos, como a criação cultural, interação social através dos atendimentos das carências sociais e formação multidisciplinar capaz de atender as demandas profissionais para o desenvolvimento da sociedade, todas exigências extraídas do artigo citado acima (EID, 2012).

Em 2004, o Conselho Nacional de Educação (CNE) da Câmara de Educação Superior (CES), pertencentes ao Ministério da Educação (MEC), foi protagonista na revogação da Portaria n° 1.886/94 e consequente edição da Resolução n° 09/2004. Tal regulamentação determinou a obrigatoriedade de um Projeto Pedagógico para os cursos de Direito, cujo objetivo é a disposição sobre a grade curricular e, principalmente, sobre a implantação dos Núcleos de Prática Jurídica (OLIVEIRA, 2011), como vemos disposto no art. 7°:

> Art. 7º O Estágio Supervisionado é componente curricular obrigatório, indispensável à consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização.
>
> § 1º O Estágio de que trata este artigo será realizado na própria instituição, através do Núcleo de Prática Jurídica, que deverá estar estruturado e operacionalizado de acordo com regulamentação própria, aprovada pelo conselho competente, podendo, em parte, contemplar convênios com outras entidades ou instituições e escritórios de advocacia; em serviços de assistência judiciária implantados na instituição, nos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública ou ainda em departamentos jurídicos oficiais, importando, em qualquer caso, na supervisão das atividades e na elaboração de relatórios que deverão ser encaminhados à Coordenação de Estágio das IES , para a avaliação pertinente.

> § 2º As atividades de Estágio poderão ser reprogramadas e reorientadas de acordo com os resultados teórico-práticos gradualmente revelados pelo aluno, na forma definida na regulamentação do Núcleo de Prática Jurídica, até que se possa considerá-lo concluído, resguardando, como padrão de qualidade, os domínios indispensáveis ao exercício das diversas carreiras contempladas pela formação jurídica.

Apesar de mencionar sobre a estrutura, a Resolução é silente quanto ao detalhamento, estando ela à mercê as diretrizes impostas pela Portaria revogada, em que determina locais aptos para treinamento de atividades de magistratura, Ministério Público, advocacia, atendimento ao público, entre outras vertentes da profissão (SILVEIRA; SANCHES, 2013). Além disso, em seu art. 3°, há a menção sua interdisciplinaridade e importância social, devendo possibilitar ao graduando a valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, com uma postura crítica para aprendizagem. Além da formação humanística, a Instituição de Ensino Superior respectiva deve oferecer, sob sua própria administração, os escritórios-modelo, como também sua operacionalização e normatização, desde que tenha o aval do Conselho competente (OLIVEIRA, 2011).

Em dezembro de 2018 tivemos uma importante alteração com o advento da Resolução n° 5 MEC/CNE/CES, cujo fim é a instauração de Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito ao determinar, entre outras coisas, a obrigatoriedade da prática jurídica no currículo dos discentes e responsabilizar cada instituição pelo regulamento e modalidades de operacionalização (6°). E tendo, como importante inovação, a previsão de que a "regulamentação e o planejamento das atividades de prática jurídica incluirão práticas de resolução consensual de conflitos e práticas de tutela coletiva, bem como a prática do processo judicial eletrônico" (art. 6º, §7º).

3. O CONTEXTO ESPACIAL DE VOLTA REDONDA-RJ E O EXERCÍCIO DOS NPJS LOCAIS

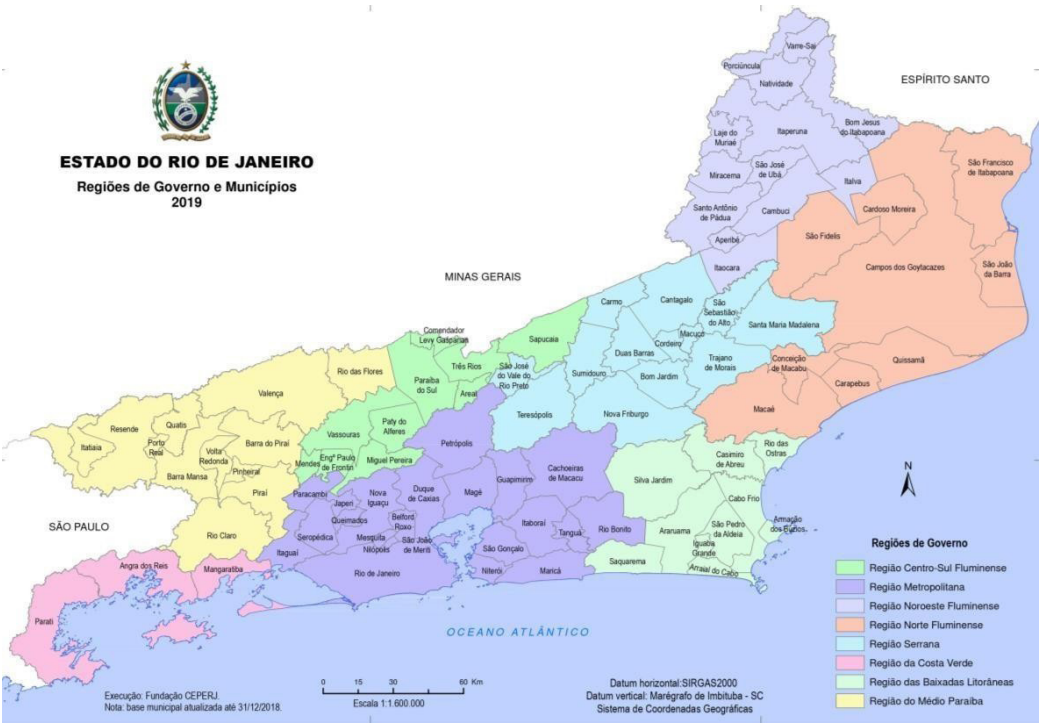
Dentro do contexto exposto de acesso à justiça, com arcabouço teórico na obra *Acesso à Justiça* de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, é que vem sendo desenvolvida a presente pesquisa com recorte espacial especificado no Município de Volta Redonda, no Estado do Rio de Janeiro. De acordo com levantamento realizado, esse município pertence:

à Região do Médio Paraíba, que também abrange os municípios de Barra do Piraí, Barra Mansa, Itatiaia, Pinheiral, Piraí, Porto Real, Quatis, Resende, Rio Claro, Rio das Flores e Valença. Tem um único distrito-sede, ocupando uma área total de 182,5 quilômetros quadrados, correspondentes a 2,9% da área da Região do Médio Paraíba. Os limites municipais, no sentido horário, são: Barra Mansa, Barra do Piraí, Pinheiral e Piraí.

Em 2010, Volta Redonda tinha população de 257.803 habitantes, correspondente a 30,1% do contingente da Região do Médio Paraíba, com uma proporção de 91,1 homens para cada 100 mulheres. A densidade demográfica era de 1.412,7 habitantes por km², contra 138,1 habitantes por km² de sua região. A taxa de urbanização correspondia a 99% da população. Em comparação com a década anterior, a população do município aumentou 6,5%, o 60º maior crescimento no estado.

O município está situado na faixa de desenvolvimento humano alto. O Índice de Desenvolvimento Humano Municipal-IDHM passou de 0,580, em 1991, para 0,771, em 2010. Isso implica um crescimento de 32,93%. A dimensão cujo índice mais cresceu em termos absolutos foi educação (mais 0,315), seguida por renda e por longevidade (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2017).

Pode-se observar tal disposição geográfica do referido Estado (Figura 1), além do recorte espacial (Figura 2), do município volta-redondense, na denominada Região do Médio Paraíba:



(Figura 1) Fonte: Mapa das Regiões de Governo e Municípios do Estado do Rio de Janeiro – 2019 (http://www.ceperj.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=79).



(Figura 2) Fonte: Mapa das Regiões de Governo e Municípios do Estado do Rio de Janeiro – 2019 (http://www.ceperj.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=79). (recorte e destaque nosso)

Ademais, Volta Redonda ocupa a quarta posição no Índice de Desenvolvimento Humano do Estado do Rio de Janeiro e ducentésima vigésima posição em relação ao Brasil (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2017).

Com base nesses índices, o presente trabalho traz como referencial os Núcleos de Prática Jurídica como protagonistas da prestação da assistência judiciária gratuita no determinado recorte espacial. Nele há três desses órgãos vinculados a Cursos de Graduação em Direito: (a) Centro Universitário de Volta Redonda – Fundação Oswaldo Aranha, feito através do Escritório da Cidadania; no (b) Centro Universitário Geraldo Di Biase, e na (c) Universidade Federal Fluminense.

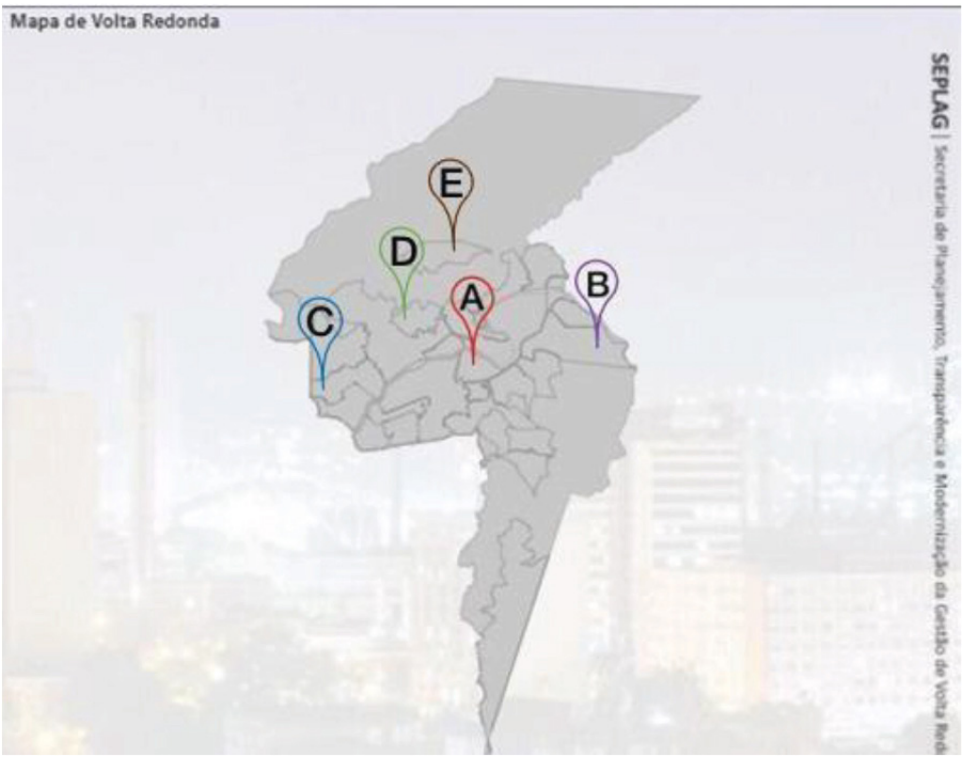
4. ANÁLISE DAS LOCALIZAÇÕES DOS NPJS VOLTA-REDONDENSES E SEUS REFLEXOS SOCIAIS

São esses os três órgãos citados:

> (a) Centro Universitário de Volta Redonda – Fundação Oswaldo Aranha (UniFOA), localizada na Avenida Paulo Erlei Alves Abrantes, 1325, bairro Três Poços, Volta Redonda/RJ, CEP 27240-560 (UniFOA, 2020), feito pelo Escritório da Cidadania, em que há o atendimento e orientação dos usuários sobre suas demandas juridicamente exigíveis, como também ocorre o desenvolvimento da prática jurídica entre os estudantes a partir do sétimo período do curso de graduação em Direito.
>
> (b) Centro Universitário Geraldo Di Biase (UGB), com endereço na Rua Deputado Geraldo Di Biase, 81, bairro Aterrado, Volta Redonda/RJ, CEP 27213-080 (UGB, 2020): com orientação jurídica, conciliação e propositura de ações nas Justiças Estadual e Federal, através, também, de um convênio firmado entre a UGB e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB);
>
> (c) Universidade Federal Fluminense (UFF), localizada na Rua Desembargador Ellis Hermydio Figueira, 783, bairro Aterrado, Volta Redonda/RJ, CEP 27213-145, que possui, por fim, o enfoque no atendimento da população local, além de desenvolver o senso jurídico e prático dos estudantes nos mais diversos ramos do Direito (DIÁRIO DO VALE, 2019);

Analisando-se a divisão geográfica da cidade em bairros, distritos e povoados, existem 90 (noventa) divisões, alguns com um único código postal (como Localidades Roma I, Roma II), outros com 94 (noventa e quatro) (como Bairro Água Limpa) e 168 (cento e sessenta e oito) (Bairro Retiro). Tais localidades, por sua vez, têm os indicativos variáveis de qualidade de vida (IQVU-VR), como por exemplo o bairro Água Limpa e Retiro, classificados abaixo da média municipal, contabilizando 0,453 e 0,428, respectivamente. Já os bairros Roma I e Roma II possuem padrão mediano, com seus índices em 0,546 (PREFEITURA DE VOLTA REDONDA, 2020). Há, também, a taxa desse índice entre 0,309 a 0,394, considerado "muito baixo", categorizando os bairros Belmonte, Vila Brasília e Santa Cruz.

De maneira mais integrada, pode-se analisar a seguinte distribuição:



(Figura 3) Fonte: https://new.voltaredonda.rj.gov.br/8-interno/11-caracteristicas (destaque nosso)

Tais NPJs, como se pode observar, possuem suas instalações concentradas em determinados bairros do município. O bairro Aterrado (identificado pelo marcador "A"), onde se localiza os órgãos da UGB e da UFF, é considerado o centro governamental e comercial da cidade. Esse território está classificado, diante do IQVU-VR (avaliação da qualidade de vida), em 0,650, considerada alta e acima do nível médio da cidade (0,510). Por outro lado, a região do NPJ da UniFOA, denominado de Três Poços (identificado pelo marcador "B"), possui um distanciamento físico dos bairros mais populosos, estando na fronteira com um município vizinho, Pinheiral. Por sua vez, Três Poços está classificado com nota 0,421 no referido índice, abaixo da média municipal (PREFEITURA DE VOLTA REDONDA, 2020).

Há, portanto, uma disparidade notória entre os índices de qualidade de vida entre os locais citados, intensificada caso comparada a outros bairros do município, como Belmonte (identificado pelo marcador "C"), Vila Bra-

sília (identificado pelo marcador "D") e Santa Cruz (identificado pelo marcador "E"), além de tantos outros. Com a observação da Figura 3, pode-se extrair um óbice principal a ser enfrentado pela população hipossuficiente: o distanciamento físico. Os bairros com o IQVU-VR mais baixo, indicados pelos marcadores "C", "D" e "E", não possuem sede física desses órgãos, sendo esse aspecto fundamental sob a análise crítica do acesso à justiça aos hipossuficientes. Isto é, o distanciamento físico da população mais vulnerável da instituição fornecedora da prestação jurisdicional se apresenta como um desafio notório à efetivação dessa garantia constitucional.

Ademais, destacada a dificuldade de comparecimento presencial para devidas pesquisas e redução quantitativa de trabalhadores em diversos setores, devido à situação pandêmica e às orientações sanitárias, foram feitos contato com os servidores e trabalhadores responsáveis pelos órgãos dos Núcleos de Prática Jurídica em Volta Redonda para obtenção de dados quantitativos a fim de desenvolver a pesquisa e, consequentemente, analisar o impacto dos núcleos na vida da comunidade.

Tal comunicação ocorreu através de envio de e-mails, em 22 de fevereiro de 2021, contendo o projeto de pesquisa e o ofício cujo objetivo era a solicitação formal do requerimento de informações sobre atuação de cada órgão. Foram realizados os contatos com os três núcleos: (a) do Centro Universitário de Volta Redonda – Fundação Oswaldo Aranha (UniFOA); (b) do Centro Universitário Geraldo Di Biase (UGB); e (c) da Universidade Federal Fluminense (UFF).

Os dados solicitados são em prol de uma análise quantitativa do funcionamento do NPJ, assim como sua estrutura física e humana para a prestação da assistência jurídica gratuita. Foram solicitadas informações como:

> a) informações sobre a história da(s) sede(s) do(s) NPJ(s), ano de fundação, e demais informações que entenderem pertinentes;
>
> b) disposição física da unidade: quantidade de salas; m² do imóvel, quantas baias (ou salas) de atendimento, quantidade de computadores, e demais informações que entenderem pertinentes;
>
> c) quantidade de funcionários, docentes e discentes atuantes em geral, quantitativo de pessoas que contribuem para o funcionamento do órgão, e demais informações que entenderem pertinentes;
>
> d) informações sobre a atuação do discente no NPJ, suas experiências e atuações profissionais, e demais informações que entenderem pertinentes;

e) formas de divulgação e como ela é feita (se é por meio de sites, panfletos, cartilhas, cartazes, propagandas televisivas, entre outros), e demais informações que entenderem pertinentes;

f) dias e horários sobre o funcionamento, bem como a programação durante o recesso forense, e demais informações que entenderem pertinentes;

g) quais serviços prestados e procedimento para os atendimentos aos assistidos (quantidade de atendimentos, tempo médio de acompanhamento do assistido, quais procedimentos internos desde o atendimento até a solução da demanda), e demais informações que entenderem pertinentes;

h) existência de convênios, acordos de cooperação, que envolvam o Poder Público ou iniciativa privada de uma maneira geral para auxiliar nos serviços prestados, e demais informações que entenderem pertinentes;

i) critérios para a atuação do(s) NPJ(s) na demanda do potencial assistido, e demais informações que entenderem pertinentes;

j) projeto internos (se houver) (sua abrangência, frequência de realização, quantidade de atendimentos), e demais informações que entenderem pertinentes;

k) atividades e projetos que envolvam a prática jurídica e atividades curriculares de extensão, com oportunidades de ações junto à comunidade ou de caráter social;

l) atividades e projetos que envolvam práticas de resolução consensual de conflitos e práticas de tutela coletiva, bem como de processo judicial eletrônico;

m) atividades e projetos externos, itinerantes, ou seja, realizados fora da sede do(s) NPJ(s);

n) entre outras informações que julgarem pertinentes para o desenvolvimento da pesquisa, como: relatórios internos, avaliações dos assistidos, quantitativo de demandas mensal etc.

Diante da submissão desses ofícios, até a presente data, não houve o retorno documental pedido. O que compromete a análise integral a que se pretende a pesquisa. O que se pode extrair, precipuamente, com as informações presentes, é que a majoritária concentração dos Núcleos de Prática Jurídica em um único bairro, sendo ele com um dos índices mais altos de qualidade de vida da cidade, pode acarretar dificuldades para sua acessibilidade dos indivíduos situados em localidades mais isoladas.

4. CONCLUSÕES

O estudo proveniente deste trabalho sobre a atuação dos NPJs no Município de Volta Redonda possui caráter incipiente. Devido à falta de informações quantitativas para a análise completa da pesquisa, pode-se extrair a complexidade envolvendo tais órgãos no tocante ao convívio social. Sua instituição visa aumentar a abrangência do acesso à justiça, assim como o promover a cidadania por meio de uma da orientação jurídica judicial e extrajudicialmente aos hipossuficientes. Mostrando-se de grande importância em relação a conscientização dos assistidos sobre seus direitos juridicamente exigíveis. Apesar disso, a concentração geográfica dos órgãos pode ser traduzida, mesmo que de modo inicial, em uma dificuldade em garantir a assistência jurídica adequada ao cidadão.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988.* Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. *Lei n° 5.842/1972. Dispõe sobre o estágio nos cursos de graduação em Direito e dá outras providências.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5842impressao.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. *Lei n° 9.394/1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. *Lei n° 13.105/2015. Código de Processo Civil.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação e do Desporto. *Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico.* Portaria n° 1.886, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20100108-03.pdf. Acesso em: 11 abr. de 2020.

BRASIL. *Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito, bacharelado, e dá outras providências.* Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?op-

tion=com_docman&view=download&alias=1390 41-rces009-04&category_slug=janeiro-2020&Itemid=30192. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. *CNE/CES n° 5, de 17 de dezembro de 2018 - Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e daí outras providências*. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/docman/dezembro-2018-pdf/104111-rces005-18/file. Acesso em: 24 mar. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CENTRO UNIVERSITÁRIO GERALDO DI BIASE-UGB. *Núcleo de Prática Jurídica.* 2009. Disponível em: http://www.ugb.edu.br/web/npj.html. Acesso em: 24 mar. 2021.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA-UNIFOA. *Escritório da Cidadania*. 2020. Disponível em: https://www.foa.org.br/escritorio-cidadania. Acesso em: 24 mar. 2021.

DIÁRIO DO VALE. *NPJ da UFF faz até 80 atendimentos por mês*. 2019. 2019. Disponível em: https://diariodovale.com.br/cidade/npj-da-uff-faz-ate-80-atendimentos- por-mes/. Acesso em: 24 mar. 2021.

FUNDAÇÃO CENTRO ESTADUAL DE ESTATÍSTICAS, PESQUISA E FORMAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS DO RIO DE JANEIRO. *Mapa das Regiões de Governo e Municípios do Estado do Rio de Janeiro – 2019*. Disponível em: http://www.ceperj.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=79. Acesso em: 24 mar. 2021.

EID, Arnaldo Gaspar. *O papel dos Núcleos de Prática Jurídica no ensino da ciência do Direito*. 2012. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=73e0f7487b8e5297. Acesso em: 24 mar. 2021.

OLIVEIRA, G. C. *O acesso à justiça por meio do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Estadual de Ponta Grossa e a solução dos conflitos familiares.* 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa. Disponível em: https://tede2.uepg.br/jspui/bitstream/prefix/318/1/Gisele%20Cristina%20de%20Oliveira.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.

PEREIRA, Newton Carlos Freire. O Núcleo de Prática Jurídica no currículo do Curso de Direito para o fortalecimento do acesso ao judiciário na formação do bacharel em Direito. *Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI*, Belo Horizonte, p. 9014-9026, jun./2011, ISBN: 978-85-7840-059-0. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/. Acesso em: 24 mar. 2021.

PREFEITURA DE VOLTA REDONDA. *Características*. 2020. Disponível em: https://new.voltaredonda.rj.gov.br/8-interno/11-caracteristicas. Acesso em: 24 mar. 2021.

SANTOS, Ana Luiza Rocha Melo; GONÇALVES, Patrícia Antunes. A influência da OAB no ensino jurídico no Brasil. Rev. Curso Dir. UNIFOR, Formiga, v. 4, n. 2, p. 01-21, jul./dez. 2013. Disponível em: https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/periodicos/index.php/cursodireitouniformg/art icle/view/194. Acesso em: 24 mar. 2021.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANCHES, Samyra Naspolini. Núcleo de Prática Jurídica: necessidade, implementação e diferencial qualitativo. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 629-657, mai./ago. 2013. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2706/pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Estudos Socioeconômicos. Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Volta Redonda*. 2017. Disponível em: https://www.tce.rj.gov.br/documents/10180/74189685/Estudo%20Socioecon%C3%B4mico%202017%20-%20Volta%20Redonda.pdf. Acesso em: 24 mar. 2021.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: GARANTIA DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO?

FONTES, Raquel[1]
TEIXEIRA PARAÍSO, Victor Hugo[2]
GUERRA DE MORAES, Carlos Eduardo[3]

1 Discente em Direito pela Faculdade IBMEC. Vinculada ao SOCEDIR. <raquelsantos527@gmail.com>

2 Discente em Direito pela Faculdade IBMEC. Vinculado ao SOCEDIR. <vhtparaiso@gmail.com>

3 Doutor em Direito Civil pela UERJ e docente pela Faculdade IBMEC.<ceguerrademoraes@gmail.com>

RESUMO

A partir da presente pesquisa, investigam-se os efeitos decorrentes da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, analisando as decisões do Superior Tribunal Federal nos últimos anos. Entende-se que há duas formas de proceder diante de uma omissão legislativa, o puro e simples reconhecimento de sua existência que tem como resultado a inércia, ou a atuação positiva culminando na criação da lei faltante, implicando em uma práxis atípica de legislador positivo. Então, surge o seguinte questionamento, qual seria atitude correta diante de uma omissão legislativa? A resposta dessa pergunta é objetivo do presente estudo.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Controle de Constitucionalidade.

1. INTRODUÇÃO

A concepção do direito constitucional centrado em uma força normativa incidente as relações de poder fatalmente instituídas na sociedade, contribuiu para a solidificação de uma jurisdição constitucional. A partir de então em subordinação aos ditames da carta política se encontram as relações de poder, que por meio de alguns pressupostos atendidos combinado com a vontade de constituição, resta garantida a força normativa da constituição. (HESSE, Konrad. 1991)

Para garantia da força normativa da constituição, exerce-se a jurisdição constitucional, que se estrutura de modo precípuo no controle de constitucionalidade de leis e atos dos demais poderes. Há possibilidades diversas no âmbito das inconstitucionalidades, a pesquisa atual tem como objeto o estudo da inconstitucionalidade por omissão e a eficácia das ações presentes desse mérito na jurisdição constitucional brasileira.

A metodologia utilizada é teórica, principalmente baseada em análise bibliográfica. Além disso também foram analisadas decisões do STF nos últimos anos, por vias de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

2. HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO

O nascimento do constitucionalismo moderno ocorre com a Revolução Gloriosa de 1688, a criação da magna carta impunha limites a atuação monárquica, consolidando o parlamentarismo inglês e direitos e garantias individuais. Em sequência, surge a Revolução Francesa e norte-americana, dando início a uma série de movimentos que se denomina "Revoluções Liberais", com o mesmo ímpeto de contenção dos poderes estatais em favor das garantias individuais. (BARCELLOS, Ana Paula. 2018)

Originariamente, a ideia de criação de uma constituição permeava um caráter essencialmente político de organização estatal, limitando-se a previsão da separação dos poderes, e a garantia de direitos básicos. Esse momento é marcado por um fortalecimento geral do parlamento, impulsionado pela ideia da lei como expressão geral da sociedade. Por essa razão, considera-se que nesse momento ocorreu o surgimento da 1ª dimensão dos direitos fundamentais, consubstanciado nos direitos de abstenção do Estado frente às ações repressivas. O Judiciário estava adstrito a aplicação da lei.

Os horrores causados pela 2ª Guerra Mundial levantaram o debate acerca do legalismo extremo, sobretudo em razão das leis de Nuremberg, a tragédia ocorreu em subordinação a diplomas legais e a ordem

estatal vigente, com apoio popular, esse raciocínio gerou a necessidade de um contraponto. Desse modo, iniciou-se um movimento de fortalecimento da justiça, principalmente, constitucional, com o objetivo de manutenção do estado democrático de direito e do zelo dos direitos e garantias fundamentais. (FERREIRA, Gilmar. 2017.)

Portanto, a força normativa da constituição nasce de um fenômeno histórico de preservação dos direitos humanos, marcado pela segunda geração dos direitos fundamentais, acrescentado aos direitos de abstenção, o dever do Estado de proteger os indivíduos, criando obrigações positivas a sua atuação. Nesse contexto, a constituição se torna lei maior do ordenamento na maioria dos países democráticos, efetivando a voz do povo através do poder constituinte originário.

Por sua vez, a jurisdição constitucional traz ao Poder Judiciário a missão de proteção da ordem democrática e das instituições, muito além do papel de dirimir conflitos mediante a subsunção dos fatos a norma. Substancialmente, ocorre através da verificação se as normas infraconstitucionais e atos dos outros poderes estão de acordo com as disposições constitucionais, demonstrando a supremacia da constituição e do poder constituinte originário, caracterizando o procedimento que se designa como controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade originou-se através do caso Marbury vs Madison, embora não houvesse previsão constitucional expressa da realização do controle de constitucionalidade, a Corte decidiu no caso a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma lei, garantindo aplicação da norma constitucional. Nasce assim o modelo difuso de constitucionalidade, conhecido também como modelo norte-americano.

No contexto europeu, desenvolveu-se o controle abstrato de constitucionalidade, baseado nas ideias de Hans Kelsen, também denominado modelo austríaco. As ações são fulcradas na inconstitucionalidade per si, não há um caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade tem como base a dissonância com a constituição da lei ou do ato realizado.

3. DESENVOLVIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTEXTO BRASILEIRO

No cenário brasileiro, o controle de constitucionalidade surgiu na Constituição de 1824, acompanhando as tendências norte americanas. Nesse primeiro momento, o controle era exercido pelo parlamento, porém era praticamente inoperante gerando uma miscelânea entre o legislador ordinário e o constituinte, contudo a constituição não perdeu sua hierarquia

diante as demais normas, em razão do procedimento rígido e diferenciado da criação de emendas constitucionais (FILHO, Nagib Slaib. 2018)

A constituição de 1891 trouxe o controle judicial de constitucionalidade, porém ainda era realizado de maneira distensa, não havendo o compromisso necessário com a guarda da constituição. Em 1934, inspirada pelas tendências dos outros países, a nova constituição surge com inovações como o mandado de segurança, instrumento célere para proteção de direito líquido e certo, e o recurso extraordinário, para controle de prevalência da constituição nas causas decididas em única instância. (FILHO, Nagib Slaib. 2018)

Foi também na Constituição de 1934 que o controle de constitucionalidade brasileiro adquire um caráter mais próximo daquele idealizado por Hans Kelsen, com a criação da representação para intervenção em caso de violação dos princípios constitucionais sensíveis ou ação declaratória de inconstitucionalidade. Em 1965, foi ampliado o objeto para alcance de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Carta da República; e de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição estadual.

A constituição cidadã de 1988 trouxe diversas inovações no âmbito do controle de constitucionalidade, entre elas a ampliação do controle abstrato por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, objeto central da presente pesquisa. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão tem previsão no Art. 103, §2º, da CFRB e tem como objetivo a garantia da efetividade constitucional diante das omissões do poder público.

Não obstante o significado *sin par* concedido pelo constituinte originário ao controle da omissão do Estado, ainda persiste na doutrina brasileira controvérsias sobre a possibilidade de, em sede jurisdicional, pronúncia que não apenas declara a omissão do Poder Público, mas empresta força constitutiva a decisão em relação a um direito que não encontra disciplina na ordem jurídica. Isto é, questiona-se se é dado ao Poder Judiciário, a concretização da Constituição, dos seus preceitos e princípios, ante a mora legislativa em dispor sobre direito, cuja existência de lei é fundamental ao seu exercício.

4. A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

De início, precisamos compreender que a omissão inconstitucional é considerada como um comportamento do Estado, que, ao não atuar, o faz em desacordo com a Constituição. Em outras palavras, a omissão inconstitucional implica no reconhecimento da violação a supremacia da

Constituição, em que um dos poderes constituídos não executa o dever constitucional que lhe é imposto.

Nesse diapasão, surge mais controversa a omissão do Legislativo, pois, como poder de representação democrática, tem, precipuamente, diante dos preceitos constitucionais, o dever de agir para concretizá-los. Ou seja, ao legislador é imputado tornar efetiva a Constituição, em especial, os direitos que necessariamente dependem de lei para o seu pleno exercício.

Contudo, em que pese à busca da elucidação dessa questão, não encontramos na construção jurídica brasileira resposta direta, fazendo-se necessário, de início, a consulta do modelo constitucional de controle por omissão da Alemanha, a partir da Lei Fundamental de 1949, cujo texto prevê a vinculação do legislador a própria Constituição e aos direitos fundamentais que dela fazem parte. Sendo certo, que, nesse contexto, a Corte Constitucional alemã ocupou posição de grande influência, em especial, pela evolução de sua jurisprudência sobre a matéria.

5. AS SOLUÇÕES DOS TRIBUNAIS NO ÂMBITO DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO

Na origem, o raciocínio jurídico do Tribunal Constitucional Federal alemão afastava, em sede de provimento jurisdicional, o controle da omissão do legislador, pois a previsão de um direito na Constituição não autorizava, em princípio, a pretensão de obter uma atividade legislativa, por mecanismos judiciais. Todavia, em decisões posteriores, a mesma Corte passou a considerar a possibilidade do controle da omissão parcial, quando demonstrado a violação ao princípio da isonomia, ou do controle da omissão total, diante da mora na prestação de um dever constitucional (FERREIRA, Gilmar Mendes. 2018).

Com isso, pode-se observar que a jurisprudência da Corte Constitucional alemã tem considerado que é vedado ao Poder Judiciário, quando provocado, imiscuir-se no âmbito das competências do Legislativo, a fim de substitui-lo, pois a este é conferido o dever de concretizar a Constituição. Por outro lado, o que tem se entendido é que, havendo lacuna no ordenamento jurídico, a decisão de inconstitucionalidade por omissão assume natureza mandamental, no sentido de que, se determine ao legislador a obrigação de suprir a ausência normativa em tempo hábil.

Noutro giro, o tribunal alemão construiu uma segunda alternativa para suprir eventual lacuna normativa. *In casu*, empregou-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, como um mecanismo de apelo a legislador, para que, enquanto constitucional a si-

tuação, suprisse a ausência normativa, a fim de se afastar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade (FERREIRA, Gilmar Mendes. 2018).

Com efeito, tem-se que no controle de constitucionalidade por omissão há uma estrita observância aos aspectos sensíveis da separação dos poderes e do princípio democrático, em que se afasta a atuação aditiva dos tribunais, com fulcro no respeito à representação popular exercida pelo parlamento. Assim, diante de uma omissão do legislador, deverá o Tribunal, nessa perspectiva, determinar que o Legislativo dê regular andamento a proposição de lei, cuja regulação efetivará determinado direito ou preceito constitucional.

Diferentemente, encontramos na doutrina italiana a tese das sentenças aditivas, cuja aplicação se resulta na declaração de inconstitucionalidade, assentando que a norma em análise não apresenta o conteúdo necessário para o cumprimento dos ditames constitucionais, acrescentando-se o elemento que lhe falta. Com isso, a Corte Constitucional exerce papel ativo no preenchimento da lacuna normativa, proporcionado concretização do texto da Constituição.

Nesse sentido, a Corte Constitucional da Itália, quando chamada a solucionar questões sobre a residual legislação italiana fascista, supriu a omissão parcial do Poder Público, por meio da técnica das sentenças aditivas, assegurando a aplicação dos direitos constitucionais que até então não foram concretizados. Assim, diante da omissão parcial do Estado e observado os requisitos da ausência de reserva absoluta de lei, da impossibilidade de interpretação conforme a Constituição, da solução constitucionalmente obrigatória (solução *a rimme obbligate*) e do reconhecimento da manutenção do estado de omissão enquanto não acrescentado o elemento faltante, estará o Poder Judiciário autorizado a suprir a lacuna normativa (Neto, Newton. 2009).

Na realidade brasileira, o controle da omissão do Poder Público ainda vem se desenvolvendo, principalmente, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cuja aplicação tem, em grande parte, sido restrita. Como escopo principal, a ADO destina-se, nos termos do art. 103, § 2º, CF/88, a prolação de sentença que declare a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma da Constituição da República, o que veremos adiante.

6. O BRASIL E AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do primeiro caso de omissão inconstitucional submetido a Corte, adotou um posicionamento restritivo. Conforme se observa do acórdão exarado na medida cautelar na ADI º 361/DF, o STF consignou que previsão do art. 103, § 2°, CF/88, implicava no reconhecimento de que a decisão de inconstitucionalidade por omissão se limita apenas a dar ciência ao órgão competente da mora inconstitucional.

Na hipótese, se discutia a omissão do Poder Executivo em regulamentar o disposto na Lei nº 8.001/90, que tratava da compensação financeira no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, previsto no art. 20, § 1º, CF/88. Em pedido cautelar, se requereu que o Supremo Tribunal Federal antecipasse os efeitos da lei até que o Executivo provesse a regulamentação adequada, o que não foi feito pela Corte.

Semelhantemente, na ADI nº 1.458/DF, cujo pedido era de declaração de omissão parcial da Medida Provisória nº 1.415/1996, que não dispôs sobre a base de cálculo para atualização do salário mínimo, em desconformidade com o art. 7º, IV, CF/88. Na espécie, o Tribunal assentou que a disposição constitucional sobre o salário mínimo implicava no reconhecimento de uma obrigação legiferante do Poder Público, a fim de proporcionar efetivação aos direitos sociais do trabalhador.

Porém, a Corte entendeu que os critérios mínimos para a atualização do salário mínimo demandariam uma análise minuciosa sobre os aspectos sociais e econômicos do Brasil, bem como, as implicações financeiras decorrentes de eventual disciplina no sistema econômico nacional. Com isso, a decisão que declarasse a inconstitucionalidade por omissão do Poder Público deveria tão somente cientificar ou informar ao órgão competente da mora, que, pela sua natureza, deteria as melhores condições para fixar a metodologia de atualização do salário mínimo, o que não é dado ao Poder Judiciário[4] (JÚNIOR, Dirley da Cunha. 2018).

4 Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior e Gabriela Costa Silva asseveram que na ADI nº 1.458/DF, o Supremo Tribunal Federal observou que os impactos econômicos do pedido requerido implicariam na análise de aspectos não apenas jurídicos, mas de cunho material. Ou seja, na fixação da forma de atualização do salário mínimo deveria se considerar as repercussões sociais da decisão, o que seria mais bem exercido pelas Casas do Congresso Nacional, poder de representação popular na construção das decisões do Estado. Portanto, afastar-se-ia a jurisdição do STF para suprir a omissão do Poder Público, pois no caso seria necessário, além da análise

Observa-se, diante desses casos, que o Tribunal limitou-se a uma declaração formal de omissão inconstitucional, pois o princípio da separação dos poderes e os aspectos materiais das decisões requeridas impediriam qualquer órgão do Poder Judiciário invadir a competência de outro poder constituído, para suprir determina lacuna ou fixar prazo para o exercício dessa atribuição constitucional. Assim, a ADO assumiu natureza meramente declaratória, cujos efeitos se limitam ao assentamento da existência de um estado de omissão inconstitucional, cientificando o poder competente de sua mora.

Posteriormente, no julgamento da ADI nº 3.682/MT, cujo objeto era a omissão do Congresso Nacional em dispor, por meio de lei complementar, as regras de criação, incorporação, desmembramento e fusão dos municípios, o STF considerou que a mora do Poder Legislativo restava comprovada. Entendeu-se que passados dez anos da Emenda Constitucional n° 15, a ausência de lei complementar federal necessária para o estabelecimento do período de tramitação dos procedimentos de criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios, implicava em notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador.

Para a Corte, as peculiaridades e complexidades do processo deliberativo do parlamento não justificaria a desídia do Legislativo em regulamentar o art.18, § 4º, da Constituição, contribuindo para consolidação de um verdadeiro estado de inconstitucionalidade na ordem jurídica brasileira. Na oportunidade, também se reiterou a possibilidade do controle da omissão do Poder Legislativo, ante a imposição do dever constitucional de legislar.

Assim, o Tribunal julgou procedente a ação, para cientificar o Congresso Nacional de sua mora e fixar prazo de dezoito meses, para adoção das providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional previsto no art. 18, § 4º, da Constituição, contemplando todas as situações decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. De igual modo, nas ADOs 24 e 25, o STF além de cientificar o Congresso, estabeleceu prazo razoável para o exercício de sua atribuição legislativa.

---

dos requisitos constitucionais, ponderar os interesses dos diversos seguimentos da sociedade, como uma manifestação de política legislativa. (SILVA, Gabriela Costa e; JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Efeitos das Decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: Da Possibilidade de Prolação de Sentenças Criativas no Controle Abstrato das Omissões do Poder Público.* São Paulo: Revista de Direito Brasileira, v. 19, p. 395 – 418, 2018.)

Diante disso, podemos concluir que a perseguição judicial da omissão inconstitucional no contexto brasileiro ainda vem se desenvolvendo, principalmente, pela atuação contida que o Supremo Tribunal Federal vem mantendo ao longo dos anos, em homenagem ao princípio da separação dos poderes. Todavia, a jurisprudência da Corte sofreu grande alteração quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26, o que veremos a seguir.

7. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26

A ação proposta pelo Partido Popular Socialista, tem como objeto a omissão do Poder Legislativo em editar normas de criminalização das práticas de homofobia e transfobia. Em concomitância a propositura da ação, foi impetrado o Mandado de Injunção de nº 4.733 pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Intersexos (ABGLT).

Acima foi exposto que habitualmente o Supremo Tribunal Federal notifica o Poder Legislativo da mora na edição da norma e, por meio dessa notificação, concede prazo razoável para que a omissão inconstitucional seja sanada. Por outro lado, em certos casos houve apenas a declaração formal de um estado de inconstitucionalidade por omissão, em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da *Lex Maior*.

No entanto, ao tratar da ADO 26 o posicionamento ocorreu de maneira diversa, além do reconhecimento da mora inconstitucional, o STF atuou editando a norma faltante como legislador positivo. A argumentação utilizada equipara as práticas de homofobia e transfobia ao racismo, conduta criminalizada nos termos do Art. 5º, XLII.

Para fins de análise da eficácia da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a decisão ganha destaque por se tratar de posicionamento isolado, gerando uma nova via de possível aplicabilidade das ações desse mérito. Contudo, a criminalização de condutas deve ser feita por meio de lei como preceitua o art. 5º, II, da Constituição Federal, além de violar importante princípio do direito penal que veda *analogia in malam partem*.

7.1 A criação da norma faltante pelo Supremo Tribunal é a solução para omissão inconstitucional?

A atuação ativa da Suprema Corte em casos de omissão inconstitucional, de modo geral, traz questionamentos e problemáticas. Primeiramente, representa uma ruptura, mesmo que momentânea, do princípio da separação de poderes. Observa-se que é uma tendência contemporânea a flexibilização

do princípio, através das funções de freios e contrapesos e até mesmo por institutos, como a medida provisória. (PEIXINHO, Manoel Messias).

Conquanto, a edição de diplomas normativos por meio das medidas provisórias necessita de anuência dos parlamentares além de obedecer a outras questões atinentes ao instituto. É inevitável pensar em uma elasticidade maior as funções atribuídas a cada poder, porém deve haver a regulamentação devida para que não haja excessos, conferindo uma sobreposição de um poder sobre os demais.

Por ora, a via da edição de normas por parte do Supremo Tribunal Federal não reflete o intuito de garantia da força normativa da constituição. Apesar de proteger o grupo lesado pela omissão inconstitucional, gera um precedente nocivo ao estado democrático, qual seja a criação de normas sem a participação dos representantes do povo. Desse modo, ocasiona uma fisga no pacto federativo, positivado na Constituição Federal e na vontade de Constituição, defendida por Hesse.

8. A ADO E A GARANTIA DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Hodiernamente, por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se vislumbra grandes avanços no que diz respeito a garantia da força normativa da constituição. Por ora, é reconhecida a vitória da criminalização da homofobia para a minoria correspondente e a proteção dos direitos atribuídos, mas em termos do tema da presente pesquisa considera-se prejudicial a solução dada a questão por fatos já expostos.

Se de um lado a atuação como legislador positivo do Supremo Tribunal Federal acarreta complicações, a mera declaração formal de inconstitucionalidade por omissão também não contribui para a solução da questão, tampouco a notificação conferindo prazo ao Poder legislativo, uma vez que não possui nenhuma sanção correspondente ao descumprimento desses prazos, impactando diretamente na eficácia da medida.

9. CONCLUSÕES

A partir do exposto, vê-se que o raciocínio jurídico predominante na jurisprudência brasileira sobre os efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão é mandamental, com a notificação da mora e a fixação de prazo para se suprir a lacuna normativa. Tem-se que o argumento condutor desse posicionamento decorre do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático, bases da Constituição da República de 1988.

Ocorre que adotar esse posicionamento, implica no reconhecimento de que a ADO não se constitui como mecanismo hábil para concretização dos preceitos da Constituição, ante a ausência do elemento sancionador da decisão. Ao não se conceber a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle da omissão do Poder Público, suprir lacuna normativa da ordem jurídica, é autorizar o Poder Legislativo, cujo papel principal é concretizar os preceitos constitucionais, se omitir de suas obrigações legislativas.

Nessa senda, harmoniza-se o posicionamento da Corte Constitucional italiana com a necessidade de garantia da supremacia da constituição, em que a omissão do parlamento deverá ser suprida, ante o dever de tutela constitucional exercido pelo Poder Judiciário. Com isso, se incube ao órgão de controle o dever de concretizar os preceitos constitucionais, evitando-se que a desídia ou a falha da atuação legislativa retire a efetividade da Constituição e consolide um estado de inconstitucionalidade.

Na hipótese, não há o que se falar em violação do princípio da separação dos poderes, pois a competência do parlamento não pressupõe a possibilidade de desintegrar a Constituição e inviabilizá-la. Assim, deve-se considerar que a inatividade do Legislativo, em afronta ao seu dever constitucional, exige o controle da mora, mediante o preenchimento da lacuna normativa inviabilizadora do preceito constitucional desconsiderado.

Todavia, esse reconhecimento não afasta a estrita observância de requisitos construídos pela própria jurisprudência da Corte Constitucional italiana, cuja preocupação reside em dar atenção a matérias que exigem a reserva absoluta de lei. Ou seja, permanece no próprio texto da Constituição parâmetros que não poderão ser afastados sob a justificativa de edição de norma faltante, onde a atuação aditiva será a *ultima ratio* do tribunal.

Quanto a isso, entendemos que, muito embora haja evolução do entendimento do STF na ADO nº 26, resultam pendentes alguns pontos, como aqueles relacionados à necessidade de lei para criação de tipos penais. Em que pese à atuação positiva da Corte na defesa das minorias, não subsiste no sistema constitucional de 1988 a possibilidade, de em nome da omissão, se afastar a reserva absoluta de lei, cuja principal função é limitar o poder estatal e garantir a representação democrática na construção da máquina pública.

Não obstante a esses breves questionamentos, concluímos que os efeitos da ação por omissão revelam-se contidos no contexto atual. Ainda que se sustente pelos impactos da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADO º 26, a conduta habitual da Corte se limita a notificação e a fixação de prazo razoável para edição do ato normativo faltante, cujo

eventual descumprimento pelo poder em mora não gerará sanção. Com efeito, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não constitui mecanismo efetivo para a garantia da Constituição.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de Direito Constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FILHO, Nagib Slaibi. *Breve histórico do Controle de Constitucionalidade.* Rio de Janeiro: Banco do Conhecimento TJRJ, 2008.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição (tradução de Gilmar Ferreira Mendes).* 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz *et al. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13º. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional.* Brasília: STF artigos, 2008.

NETO, Newton Pereira Ramos. *A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas.* Brasília: IDP, 2008.

PEIXINHO, Manoel Messias. *O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais.* 4ª ed. Espírito Santo: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Gabriela Costa e; JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Efeitos das Decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: Da Possibilidade de Prolação de Sentenças Criativas no Controle Abstrato das Omissões do Poder Público.* São Paulo: Revista de Direito Brasileira, v. 19, p. 395 – 418, 2018.

ARBITRAGEM E DIREITO DO TRABALHO: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A SOLUÇÃO COLETIVA DE CONFLITOS NO ÂMBITO TRABALHISTA PÓS LEI N° 13.467/2017

BONDEZAN, Gabriela Rangel[1]
SILVA, Carlos Henrique de Paula[2]
CASTRO, Carla Appollinario de[3]

1 Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) em Volta Redonda-RJ. Discente pesquisadora pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica fomentado pela UFF, vigência 2020/2021. Currículo Lattes disponível em: http://lattes.cnpq.br/8446385357863763. E-mail: gabrielabondezan@id.uff.br.

2 Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) em Volta Redonda. Currículo Lattes disponível em: http://lattes.cnpq.br/7244005176275994. E-mail: carloshenriquepaulasilva@id.uff.br.

3 Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas, pelo Programa de Sociologia e Direito (PPGSD) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Currículo Lattes disponível em: http://lattes.cnpq.br/3666357154549659. E- mail: carla_appollinario@id.uff.br.

RESUMO

Na seara trabalhista, a procura por meios adequados para solução de conflitos é gradual devido a expressa necessidade de celeridade para a satisfação dos interesses ora do empregador ora da categoria. Nesse viés, a arbitragem aplicada aos conflitos coletivos de trabalho, expressamente prevista no art. 114, §§1° e 2° da Constituição Federal, traduz instabilidades em seu conceito e, por ricochete, em sua efetivação. Isso ocorre porque ainda há divergências na literatura jurídica sobre os fins desse instituto, como também aspectos vantajosos ou não de sua aplicação. Para essa análise incipiente foi utilizada a metodologia histórico-bibliográfica com intuito analítico, apresentando embasamento de conteúdo normativo sobre o tema. Dito isso, conclui-se que subsistem dúvidas tanto teóricas, quanto práticas, não bastando a mera disposição constitucional refletida nas pretensões de flexibilidade e celeridade, sem, no entanto, assegurar instrumentos e garantias eficazes aos possíveis litigantes.

Palavras-chave: Arbitragem; Tutela Coletiva; Conflitos trabalhistas.

1. INTRODUÇÃO

A agregação social deriva, essencialmente, de necessidades intrínsecas e instintivas do indivíduo, exemplificada através da constituição da família. Tal raciocínio coletivo originou o poder de representação exercido pelo "pater famílias" ao compor as atividades produtivas no seio familiar. Nesse contexto, desperta-se uma lógica de identidade entre os similares, a fim de estabelecer um elo solidário e protetivo, inclusive com extensão às funções laborais (MARTINEZ, 2019).

Essa concepção grupal de trabalho se fortaleceu no pós Revolução Industrial, em que a visão cooperativa individualista deu espaço para o coletivismo estimulado pelas mudanças dos meios produtivos e da mentalidade dos trabalhadores nas grandes indústrias. Essas transformações na economia e na sociedade evidenciaram o conflito de classes emergente nas relações laborais, o que tornou clara a necessidade de desenvolvimento dos direitos sociais. O Estado, por sua vez, dotado de seu *ius imperii*, intervém nas relações de trabalho a fim de limitar sua exploração, como ocorre, essencialmente, na seara do direito do trabalho (MARTINEZ, 2019).

Com uma grande quantidade de normas legais esparsas, houve a necessidade de um estudo direcionado à nova concepção jurídica da relação trabalhista, embasado em princípios e conceitos inerentes e peculiares (MARTINEZ, 2019). Em decorrência disso, a história da Justiça do Trabalho começa com a Constituição de 1934 e se institucionaliza em 1939 com os Decretos-Lei nº 1.297 e nº 1.346, sendo instalada definitivamente somente em 1941 pelo Presidente Getúlio Vargas. Diante dessa estruturação da justiça trabalhista, em 1943, foi editada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por meio do Decreto-Lei nº 5.452, vigente até os dias atuais (TEIXEIRA *et. al*., 2017). Já com a Constituição Federal de 1988, houve a concretização dos direitos sociais na Carta Maior, inclusive os da seara trabalhista, além de possibilitar maior abertura para a tutela coletiva na Justiça do Trabalho (TEIXEIRA *et. al*., 2017).

Diante da constitucionalização do acesso à justiça no art. 5°, inciso XXXV[4], da Carta Maior de 1988, a tutela jurisdicional é protagonista para satisfação dos interesses da sociedade, sendo a ela inerentes a

4 Art. 5º 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: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

efetividade e a tempestividade (inciso LXXVIII[5], art. 5°, CF/1988) (SILVEIRA; GUIMARÃES; ZACARIAS, 2019). Tal característica, derivada da garantia de acesso à justiça pelo cidadão, disposta expressamente no artigo 4°[6] do Código de Processo Civil (CPC) (Lei n° 13.105/2015), estende-se, indubitavelmente, à Justiça do Trabalho. Dessa forma, os direitos fundamentais expressos no citado diploma legal são aplicados à seara trabalhista pelo princípio da subsidiariedade, ancorado nos arts. 15 do CPC[7] e 769 da CLT[8] (SCHIAVI, 2017).

Entretanto, em consequência do abarrotamento do Poder Judiciário e de sua função pacificadora, faz-se necessária a busca por métodos alternativos eficientes e rápidos para a resolução de dissídios, principalmente os da área trabalhista, figurando-se, assim, exemplificadamente, o instituto da arbitragem. (SILVA, 2018).

2. ARBITRAGEM

Embora havendo registros que remontam às Ordenações Filipinas (Livro III, Título XVI) com estipulações frequentes no ordenamento jurídico pátrio – Constituição Federal de 184 (art. 160), Código Civil de 1916 e Códigos de Processo Civil de 1939 - a arbitragem era raramente utilizada e fomentada (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999). Dessa maneira, destacando-se como um dos principais instrumentos resolutivos para a sociedade moderna, seu fortalecimento prático-teórico ocorreu tardiamente, cujo principal marco adveio da inovação legislativa consagrada pela Lei n. 9.307/96 (BRASIL, 1996), a qual complementou ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), facultando às partes o aludido meio alternativo (ROQUE, 2014).

5 Art. 5º 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: (...) 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.

6 Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

7 Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

8 Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona conceitua o referido instituto:

> A arbitragem - meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. Trata-se de um mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. (CARMONA, 2009, p. 31).

Nesse ínterim, embora alguns autores a caracterizam por revelar uma natureza equivalente, diferentemente da jurisdicional (NASCIMENTO, 1999), os estudiosos encontram ponto em comum de que tal meio se situaria dentre o amplo movimento de acesso à justiça. Por tal base, o procedimento arbitral teria como principal escopo o descongestionamento do sistema judiciário atual, culminando em tutelas mais céleres, informais, sigilosas, flexíveis e com maior confiabilidade aos tutelados (SILVA, 2018).

Por celeridade, ressalta-se ser possível a inexistência de recursos frente à decisão arbitral, fato garantidor de uma duração litigiosa mais curta, ressalvado às partes, todavia, de pactuarem expressamente o inverso, conforme art. 11, IV da Lei de Arbitragem[9]. Quanto à informalidade, diz ser prescindível o rigorismo legal como requisito de seu procedimento, não refletindo, portanto, em ausência integral de normas e regras à sua regular execução (SILVA,2018).

Quanto à arbitragem em *lato sensu*, ainda haveria a escolha do árbitro pelas próprias partes, conferindo ao procedimento maior legitimidade fundada na manifestação de vontade destas, cujos interesses se motivariam, por sua vez, segundo o grau de especialidade e confiabilidade atribuídos ao profissional encarregado. Ademais, poder- se-ia apontar a viabilidade de as partes adotarem um procedimento com preceitos flexíveis, assim como conferir ao exame litigioso o devido sigilo, distintamente encontrado nos processos judiciais comuns (SILVA, 2018).

9 Lei n. 9.307/96: Art. 11: Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes.

Amparada por esse suporte axiológico acima descrito, a metodologia arbitral, embora não especificada ao ramo trabalhista, vem se engrandecendo por meio das já mencionadas legislações constitucional e infraconstitucional, além da própria jurisprudência, frente aos dissídios coletivos.

Dessa maneira, considerando que ambos os campos referenciais deste presente artigo estão em desenvolvimento na conjuntura brasileira, faz-se mister salientar que as existentes formulações legais, conglomerando-os, acabam visando finalidades práticas dignas, a exemplo da celeridade processual. No entanto, eventual conformismo genérico entre os pilares da arbitragem e dos direitos coletivos trabalhistas, objetivando a síntese de seus respectivos fundamentos, denota críticas que se revelam pertinentes à possível (e regular) execução desse modelo resolutivo ao cenário citado (ROQUE, 2014). Logo, fazendo-se necessário esta abordagem analítica em face dessas engrenagens jurídico- políticas, resguardando-se, por fim, seus respectivos e devidos alcances legais e principiológicos.

2.1. Lides individuais

A admissibilidade do instituto da arbitragem nas lides individuais, na seara trabalhista, sempre foi cercada de muita controvérsia e, até o advento da Lei nº 12.467, de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista), não era admitida por ser incompatível com os preceitos e princípios da tutela protetiva ao trabalhador. Entretanto, a partir da entrada em vigor da Reforma Trabalhista, em 11 de novembro de 2017, a aplicação da arbitragem, aos conflitos individuais trabalhistas, passou a ser expressamente prevista no artigo 507- A c/c art. 444, parágrafo único, ambos da CLT, senão vejamos:

> 507-A - Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa (...).
>
> *******
>
> Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

> Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica- se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Desse modo, eventuais conflitos individuais que envolvam trabalhador com remuneração acima de duas vezes o teto do Regime Geral de Previdência Social – atualmente, o importe de R$ 12.867,14, nos termos da Portaria SEPRT/ME nº 477, de 12 de janeiro de 2021 – podem ser solucionados pela via arbitral, desde que tenha sido pactuada cláusula compromissória de arbitragem no contrato de trabalho e que o trabalhador tenha curso superior completo.

No centro do debate, mesmo após a previsão legal específica, reside a necessária reflexão acerca da autonomia da vontade dos indivíduos nas relações trabalhistas, uma vez que, caso o empregado não aceite a cláusula, não foi previsto mecanismo de proteção contra a não contratação ou a dispensa em caso de recusa. Além disso, a nova figura introduzida pela Reforma, de trabalhador hiperssuficiente, baseia-se tão somente nos critérios de renda e de escolaridade para considerar o indivíduo livre para contratar e manifestar a sua vontade individual, sem considerar, entretanto, os aspectos subjetivos e objetivos intrínsecos à toda e qualquer relação trabalhista, ignorando que a subordinação inerente ao contrato tem outras dimensões além da estritamente econômica (social e jurídica). Assim, a simples inclusão da previsão legal não pôs fim à controvérsia[10], permanecendo o debate acerca de sua compatibilidade com o princípio da proteção do trabalhador, essência do Direito do Trabalho.

Até o advento da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, era praticamente impossível a aplicação da arbitragem nos conflitos trabalhistas individuais. No entanto, após sua promulgação, diversas modificações surgiram como a permissão expressa do emprego da arbitragem nas lides individuais desde que o obreiro receba remuneração duas vezes superior ao teto estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (art. 507-A, da CLT[11]) (TUPINAMBÁ; REIMÃO, 2018).

10 Nesse sentido, remetemos para as críticas formuladas por MURADAS (2017) e por TEIXEIRA (2017. Ver, especialmente, p. 82-101).

11 Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de

2.2. A tutela arbitral e seu respaldo constitucional

Os conflitos que serão abordados por esse trabalho estão definidos no inciso II do art. 81[12], do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.079/1990), sendo uma espécie de direito dotada de uma determinabilidade de seus titulares, como dispõe o referido trecho normativo: "grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base" (BARROSO, 2005). Nesse contexto, os dissídios coletivos são, de acordo com o art. 220 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, classificados em:

> Art. 220. Os dissídios coletivos podem ser:
>
> I- de natureza econômica, para a instituição de normas e condições de trabalho;
>
> II- de natureza jurídica, para interpretação de cláusulas de sentenças normativas, de instrumentos de negociação coletiva, acordos e convenções coletivas, de disposições legais particulares de categoria profissional ou econômica e de atos normativos;
>
> III- originários, quando inexistentes ou em vigor normas e condições especiais de trabalho, decretadas em sentença normativa;
>
> IV- de revisão, quando destinados a reavaliar normas e condições coletivas de trabalho preexistentes, que se hajam tornado injustas ou ineficazes pela modificação das circunstâncias que as ditaram; e
>
> V- de declaração sobre a paralisação do trabalho decorrente de greve.

Diante do exposto no texto legal, o conflito trabalhista no âmbito coletivo possui, como um de seus fins, a criação de normas referentes à relação laboral, ou seja, os mencionados dissídios coletivos de natureza econômica (SILVA, 2018). No entanto, crescente contingente de demandas

---

Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

12 Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...)

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; (...)

pela tutela coletiva sobrecarrega a justiça tradicional, sendo uma oportunidade para a aplicação de uma das reformas processuais instauradas pelo CPC/2015, em seu art. 3º[13], qual seja, a atuação da arbitragem como solução de conflitos (SILVEIRA; GUIMARÃES; ZACARIAS, 2019).

Várias são as disposições normativas sobre negociação coletiva no direito do trabalho (SILVA, 2018). A Organização Internacional do Trabalho (OIT), por exemplo, no art. 4º[14] de sua Convenção nº 98, de 1949, há a determinação sobre a utilização preferencial de negociação voluntária nos casos de direito coletivo do trabalho (GONÇALVES, 2016), assim como a Lei de Greve (Lei nº 7.783/1989) em que prevê a possibilidade de deflagração da greve desde que frustrada a negociação coletiva ou constatada a impossibilidade recursal pela arbitragem e a oportunidade das paralisações serem regidas por laudo arbitral (SILVA, 2018). Soma-se a essas legislações infraconstitucionais a principal norteadora, ou seja, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 114, com reformulações importantes para serem abordadas (SILVA, 2018).

Em 2004, protagonizado pela Emenda Constitucional nº 45, houve melhor abordagem acerca da legitimidade ativa do ajuizamento de dissídio coletivo. No período pré-reforma constitucional, apesar da redação original do §2º do art. 114 da CF/88 dispor, expressamente, sobre a exclusividade dos sindicatos para ajuizar ações coletivas, ocorria, inconstitucionalmente, a admissão pelo Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais

Regionais do Trabalho em relação à iniciativa das empresas para acionar a tutela coletiva no direito do trabalho (RAMOS FILHO, 2012).

---

13 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

14 Medidas apropriadas às condições nacionais serão tomadas, se necessário, para estimular e promover o pleno desenvolvimento e utilização de mecanismos de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, mediante acordos coletivos, termos e condições de emprego.

Com a EC n° 45/2004, essa interpretação equivocada do dispositivo foi solucionada, ao passo que ampliou o poder de ajuizamento do dissídio coletivo às partes, ou seja, tanto ao sindicato quanto às empresas, desde que haja acordo mútuo (RAMOS FILHO, 2012), como se observa no dispositivo:

> Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...)
>
> § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.
>
> § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.
>
> § 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

A exigência de comum acordo entre as partes para o ajuizamento de dissídio coletivo, disposta pelo §2° do referido artigo, expressa o estímulo às vias alternativas de solução de conflitos, como é o caso da arbitragem (SILVA, 2018). Diante da aplicação desse método heterocompositivo, a via judicial deve ser vista como a última possibilidade diante do conflito, sendo utilizada somente em caso de insucesso da negociação coletiva (RAMOS FILHO, 2012).

3. A INCOMPATIBILIDADE TEÓRICA E AS DIFICULDADES PRÁTICAS ENTRE A ARBITRAGEM E OS DIREITOS TRABALHISTAS COLETIVOS

3.1. Cultura Judicialista

A concretização do princípio do acesso à justiça, concebido pelo inciso XXXV, art. 5° da Constituição Federal de 1988, eleva a tutela jurisdicional a direito fundamental do cidadão e tem como desdobramento a inafastabilidade da jurisdição e a garantia do devido processo legal. Essa amplitude crescente da tutela jurisdicional criou uma sobrecarga na estrutura judiciária, o que comprometeu a garantia de sua prestação tempestiva e justa (SILVEIRA; GUIMARÃES; ZACARIAS, 2019). Assim sendo, mostra-se inevitável a escalada gradual de lides na sociedade contemporânea,

visto que há a conscientização e possibilidade da disputa pelos interesses na estrutura judiciária (SILVA, 2020). Nesse contexto, surgem meios alternativos aptos a tornar eficaz o acesso à justiça, sendo a chamada desjudicialização dos conflitos (SILVEIRA; GUIMARÃES; ZACARIAS, 2019).

Tal propagação de vias alternativas de solução de conflitos é a mais nova tendência no universo jurídico, estimulada, principalmente, com o advento da reforma processual de 2015 (SILVEIRA; GUIMARÃES; ZACARIAS, 2019). Soma-se a esse impulso das novas soluções, as características e consequências imediatas ao jurisdicionado, como as promessas de celeridade e diminuição de custos (SILVA, 2020). Diante dos novos conflitos sociais, há a carência de esforços simultâneos de procedimentos, pessoas e instituições. Assim, a aplicação da arbitragem no âmbito coletivo se traduz em dúplice instrumento de acessibilidade à justiça, quais sejam, a tutela jurisdicional coletiva propriamente dita e os meios alternativos de solução de lides, sendo, portanto, uma importante via de descongestionamento da estrutura judiciária (SILVEIRA; GUIMARÃES; ZACARIAS, 2019).

3.2. Disponibilidade dos direitos trabalhistas

Apesar dessa intenção constante de descarregamento das vias judiciais através da arbitragem, muito se discute sobre o quesito da disponibilidade dos direitos trabalhistas (DINIZ, 2004). A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao dispor, expressamente, os direitos cuja indisponibilidade é absoluta, isto é, os que não são permitidas negociações para sua redução ou limitação (art. 611-B da CLT) (MACHADO, 2017).

É importante diferenciar as normas dispositivas das imperativas. Essas possuem relação institutos jurídicos e traz a impossibilidade de alienadas ou de ser objeto de quaisquer retaliações. Estão inclusas nesse rol, as normas de ordem pública, como as que regulam a segurança do trabalho e o salário-mínimo (DINIZ, 2004). A modificação nesses institutos imperativos são nulos e considerados frutos de abuso na autonomia privada. Já as normas dispositivas, por sua vez, estão à mercê de possível maleabilidade entre os interessados, sendo a ela vinculada a abrangência de suas vontades (DINIZ, 2004). Desse modo, há uma diferenciação da obrigatoriedade de cumprimento de determinadas ordens, ao passo que as normas dispositivas são disponíveis e as imperativas, no geral, absolutas, impossibilitadas de quaisquer renúncias (DINIZ, 2004).

Apesar disso, essa disponibilidade das normas é maleável conforme a abrangência e conteúdo do direito renunciado, ao passo que, a

depender da época contratual em que é requerida, seja na celebração, durante a vigência ou pós a rescisão do contrato de trabalho, haverá considerações distintas (DINIZ, 2004). Trata-se aqui da análise de cada um desses momentos. Em uma primeira análise, a contratação do empregado não deve caracterizá-lo, de imediato, vulnerável, pois é possível que esse trabalhador não esteja sob o manto da delicada situação de desemprego em massa (DINIZ, 2004). Por outro lado, após a firmação desse vínculo empregatício, essa fragilidade pode se tornar mais intensa, temendo o risco de desemprego devido à subordinação laboral, o que acarreta a invalidade dos atos jurídicos, feitos pelo empregado, abdicadores de seus direitos trabalhistas. Por fim, quando há a rescisão, não há discussão sobre a renúncia, já que não há mais o vínculo de subordinação e, portanto, de coação (DINIZ, 2004).

3.3. Da (in)existência consensual, do binômio publicidade--confidencialidade e do elevado custo procedimentais

Embora mister destacar que o procedimento arbitral coletivo é limitado pelas mesmas bases gerais da arbitrabilidade submetida à individual, como o respeito à ordem pública e a não violação dos bons costumes (AGUIAR, 2020), necessário que se ressalte algumas das principais inconsistências teoréticas encontradas.

Por tais limitações mencionadas, a autonomia prevista pela Lei de Arbitragem[15] cede diante da imperatividade das normas jurídicas do microssistema processual coletivo. Dessa forma, nas arbitragens deste campo, resta impossibilitada a escolha das partes, tanto ao direito aplicável, quanto às próprias regras procedimentais. Posto isso, caberá a execução dos trâmites comuns consagrados pela conjuntura processual coletiva, abarcando suas garantias e regramentos, como é o caso da publicidade dos atos (AGUIAR, 2020). Por meio desta, todos os membros interessados/afetados pela demanda acabam sendo, devidamente, informados para, individualmente ou não, (i) decidir se aguardam decisão ou ingressam ação diversa; (ii) controlar e se cientificar dos atos de representante coletivo e do juízo e; (iii) tomar conhecimento da resolução conflitiva e de suas circunstâncias (ROQUE, 2014), afastando-se, assim, qualquer incidência da confidencialidade, um dos princípios da arbitragem.

15 Lei 9.307/96. Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

De outro modo, no tocante à manifestação de vontade e, consequentemente, à expressão de consentimento ao procedimento arbitral, precípuos abrangidas pela arbitrabilidade subjetiva, é sabido que tal item se define sem maiores complicações por meio da convenção de arbitragem na esfera individual (AGUIAR, 2020), fato adverso, por sua vez, na seara coletiva. No entanto, inobservar essa característica acaba por ferir a fundamentalidade do próprio instituto arbitral refletido na liberdade e autonomia das partes (MARTINS, 2014).

Destarte, preciso seria que todas as pessoas envolvidas pudessem aceitar, expressamente, o procedimento, valendo-se de um caráter notório e garantidor de sua execução. Contudo, embora os legitimados a proporem ação coletiva no Brasil são definidos em lei taxativamente por presunção, revela-se a carência condizente a um regular meio de certificação e de notificação para com todo o grupo coletivo afetado pela sistemática arbitral (AGUIAR, 2020), a qual é, ainda, desconhecida pelos principais demandados, podendo amenizar, ao final, eventual representação inadequada e/ou ineficiente ocasionada.

Arguido como principal obstáculo ao desenvolvimento de arbitragens coletivas no Brasil, tem-se o elevado custo de seu procedimento em comparação aos dissídios comuns. De início, salienta-se a necessidade de as partes arcarem com as despesas administrativas e, ainda, com os honorários arbitrais, fato inexistente em demandas judiciais. Além disso, tal problemática é intensificada, ao passo que nas ações coletivas do ordenamento jurídico brasileiro[16], o autor possui isenção de todos os gastos processuais e de honorários advocatícios sucumbenciais, salvo comprovação de má-fé (ROQUE, 2014), acarretando, por si, o desestímulo de ingresso a esse modelo resolutivo alternativo.

Embora já praticada nos Estados Unidos e na Inglaterra a fim de amenizar esse obstáculo financeiro, a chamada *third-party funding* (financiamento do procedimento da arbitragem por terceiros) se vale, como o nome sugere, da participação ativa de pessoa(s) externa(s) ao conflito no tocante aos custos burocráticos, como o da instauração e manutenção do método, assim como dos honorários arbitrais. A contraprestação, dessa feita, reflete-se no direito do financiador em receber do financiado dado percentual (habitualmente, dentre vinte a quarenta por cento ou, ainda, estipulado valor fixo) do proveito econômico obtido, considerando o êxito na demanda (ROQUE, 2014).

16 Art. 5º, LXXIII, Constituição Federal do Brasil/88; Art. 18 da Lei da Ação Civil Pública e; Art. 87, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

Porém, a aplicação desse formato ao cenário coletivo desperta alguns embaraços. Primeiramente, pela atuação independente de vários colegitimados, muitos dos quais, entes públicos, a exemplo do Ministério Público e da Defensoria Pública; o novo – e possivelmente expressivo - direcionamento de recursos, desviando-se da trajetória financeira de reversão beneficiária aos integrantes do grupo litigioso e; a provável criação de um ambiente permeado por conflitos de interesses, cujos expoentes se figurariam pela coletividade e o financiador, ambos visando cada qual seu objetivo, mesmo que a satisfação deste limitasse o do outro, consequência esta frequentemente ocorrida naqueles países (ROQUE, 2014).

4. CONCLUSÕES

Diante do exposto, o presente trabalho apresentou adversidades pontuais tanto ao campo literário, quanto ao prático, referentes à arbitragem trabalhista coletiva, os quais atuam (e deveriam atuar) interdependentes para com o regular funcionamento do instituto no meio sociojurídico. Nesse sentido, embora existente o permissivo constitucional angariado de dignas pretensões, objetivando, por exemplos, a celeridade, flexibilidade, e o maior grau de tecnicismo, dentre outros à tipologia conflitiva em comento, a desconformidade entre a arbitragem e a seara coletiva se revelou patente.

Nesse sentido, restou evidente ao aludido estudo de que há (i) uma cultura judicialista enraizada no território nacional, dificultando o conhecimento, a execução e aprimoramento das técnicas arbitrais e demais métodos alternativos de resolução conflituosa; (ii) dada ausência consensual, pelo próprio ordenamento jurídico, frente à natureza de certos direitos trabalhistas quanto à sua (in)disponibilidade, culminando, assim, em dúvida razoável acerca da (in)utilização arbitral a determinados litígios; (iii) um acobertamento normativo do microssistema coletivo em face da autonomia privada da arbitragem, refletindo, portanto, em disputas principiológicas de cada qual, como do caráter público de atos *versus* a confidencialidade, além da problemática do (não) consentimento expresso e; (iv) por fim, o elevado custo do procedimento arbitral, o qual acaba por impedir qualquer motivação prática ao incremento e manutenção desse meio alternativo aos dissídios.

5. REFERÊNCIAS

AGUIAR, Gabriel Moura. *Arbitragem coletiva: a experiência internacional e a aplicabilidade ao direito brasileiro*. 2020. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, 2020

BARROSO, Luís Roberto. *A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana.* In: Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 4, n. 16, p. 111-140, jul./set. 2005. Disponível em: http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho- setembro-de-2005/a--pr-protecao-otecao-colet-coletiv-iv-iva-a-dos-dir-direitos-eitos-no-brasil-e-alguns-aspectos-da-class-action-norte-americ-1-e-2-coletiva-americanaanaanaanaana1. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pg. 31

DINIZ, J. J. B. *Atuação do Ministério Público do Trabalho como árbitro nos dissídios individuais de competência da Justiça do Trabalho*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Pernambuco. Recife. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3826. Acesso em: 15 mar. 2021.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GONÇALVES, Marcos Paulo Gomes. *Mediação e arbitragem no dissídio coletivo*. 2016. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-151/mediacao-e- arbitragem-no-dissidio-coletivo/. Acesso em: 15 mar. 2021.

MACHADO, M. L. *A validade e eficácia das normas coletivas – Mudança de paradigma interpretativo – Supremo Tribunal Federal e Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).* In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região – Reforma Trabalhista: Ed. Especial. n. 1, Belo Horizonte: 2017. Disponível em: https://

portal.trt3.jus.br/escola/institucional/revista/reforma-trabalhista-ed-especial/@@cached-display-file/pdf_version_file/reforma-trabalhista-ed-especial.pdf?m=2020_02_14_18_39_27. Acesso em: 15 mar. 2021.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 10 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: uma proposta*. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. São Paulo, vol. 2. Set. 2014.

MURADAS, Daniela. Notas sobre a (in)disponibilidade contratual do hipovulnerável e a impossibilidade da via arbitral. *In*: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (Orgs.). *Resistência*: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017, p. 171-179.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RAMOS FILHO, Wilson. Direito coletivo e sindical na reforma do judiciário. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 1, n. 6, p. 28-49, abr. 2012. Disponível em: https://hdl.handle.net/20.500.12178/97500. Acesso em: 15 mar. 2021.

ROQUE, Andre Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura*. 291 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17.* 1 ed. São Paulo: LTr Editora, 2017.

SILVA, Paula Regina Pereira e. *Arbitragem e direito do trabalho: a (in)aplicabilidade do instituto aos conflitos trabalhistas individuais.* 2018. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/paula_silva.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados*. In: SALLES, C. A. de; LORENCINI, M. A. G. L.; SILVA, P. E. A. da (coord). Negociação, mediação,

conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVEIRA, Sebastião Sergio da; GUIMARÃES, Leonardo Aquino Moreira; ZACARIAS, Fabiana. Meios alternativos de resolução de conflitos: arbitragem de direitos coletivos. In: *Revista Húmus*, São Luís, v. 9, n. 25, pp. 63-92, 2019. Disponível em: http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/10853. Acesso em: 15 mar. 2021.

TEIXEIRA, M. O. et. al. *Contribuição crítica à reforma trabalhista*. Campinas: UNICAMP/IE/CESIT, 2017. Disponível em: https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/Reformatrabalhista.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, Regimento interno do Tribunal Superior do Trabalho: aprovado pela Resolução Administrativa n° 1.937, de 20 de novembro de 2017. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, n. 2364, 30 nov. 2017. Disponível em: https://www.trt1.jus.br/documents/22362/0/Regimento+Interno+do+TST.pdf/e4ce4e97- a398-4002-b771-c67e985fa545. Acesso em: 15 mar. 2021.

TUPINAMBÁ, Carolina; REIMÃO, *Isabela. Arbitragem trabalhista – o novo cenário de solução extrajudicial de controvérsias inaugurado com a Lei n° 13.467/2017*. 2018. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/arbitragem-trabalhista-o--novo-cenario-de- solucao-extrajudicial-de-controversias-inaugurado-com-lei--no-13-467-2017/. Acesso em: 15 mar. 2021.

A AUTONOMIA DA VONTADE NO DIREITO DE FAMÍLIA: A OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO COMO MEIO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

BONDEZAN, Gabriela Rangel[1]
OLIVEIRA, Gabriela Camargo de[2]
CHACHÉ, Cristiane Borborema[3]

1 Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) em Volta Redonda-RJ. Pesquisadora pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica fomentado pela UFF, vigência 2020/2021. Currículo Lattes disponível em: http://lattes.cnpq.br/8446385357863763. E-mail: gabrielabondezan@id.uff.br.

2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) em Volta Redonda-RJ. Diretora da Liga Acadêmica de Direito e monitora do projeto "O estatuto das famílias e os microssistemas e a constitucionalização do direito civil". Currículo Lattes disponível em: http://lattes.cnpq.br/2784717595019155 E-mail:gabrielacamargo.gco@gmail.com

3 Doutora e Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense. Professora Adjunta da Universidade de Vassouras/RJ. Pesquisadora do Instituto de Estudos Comparados sobre Administração de Conflitos – INTC-InEAC.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar, a partir do estudo bibliográfico e legislativo, por meio do método dedutivo, os benefícios advindos do emprego da mediação em conflitos na área do Direito de Família, bem como enfrentar a dicotomia envolvendo a obrigatoriedade das sessões de mediação e o respeito à autonomia das partes. Partir-se-á da análise do direito ao acesso à justiça e suas ondas renovatórias para, em seguida, analisar a contemporaneidade da teoria do conflito. Abordar-se-ão, na sequência, a mediação como modelo alternativo e os princípios que devem reger todo o processo de mediação, previstos no Novo Código de Processo Civil, na Lei de Mediação e até mesmo adotados pela literatura. Por fim, analisar-se-á a dinâmica entre o princípio da autonomia e o princípio da obrigatoriedade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Mediação; Direito de Família; Meios Adequados de Resolução de Conflitos.

1. INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um dos direitos basilares do ordenamento jurídico brasileiro (VASCONCELOS, 2020) e, para garanti-lo, o artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu inciso XXXV, prevê o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, isso é, a garantia de que toda e qualquer pessoa tem direito de ação (WATANABE, 2012). No entanto, tal amparo constitucional não se limita ao direito de ajuizar uma ação, estendendo-se, desse modo, à finalidade do processo, qual seja, a efetiva solução da controvérsia apresentada ao Poder Judiciário (AZEVEDO, 2013).

Pode-se analisar o direito ao acesso à justiça por meio do movimento das ondas renovatórias desenvolvidas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) cujo objetivo foi analisar, ampliar e facilitar a efetividade da garantia constitucional. A primeira onda renovatória tem como protagonista a temática econômica do judiciário, com fim em buscar a promoção da gratuidade de justiça à população com hipossuficiente (VASCONCELOS, 2020). Soma-se a isso a intenção de trazer uma paridade de "armas" às partes, de modo que tenham conhecimento e possibilidade de seguir e conhecer o processo (SANTOS, 2012). A importância do aspecto econômico na justiça implica da consequência que, na maioria esmagadora das sociedades, o auxílio dos advogados é essencial, quando não indispensável, devido às complexidades da lei e do processo e, por esse motivo, Cappelletti e Garth apontam que "os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não podem custear, são, por isso mesmo, vitais" (1988, p.32).

A segunda onda, por sua vez, recorreu à análise acerca da questão de representação de interesses coletivos ou grupais, já que, anteriormente, o processo civil era visto como um assunto entre as duas partes envolvidas na lide, não enquadrando a ideia dos interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Foi a partir dela, portanto, que os litígios coletivos puderam abranger os interesses de toda sociedade, como casos ambientais, por exemplo (SANTOS, 2012).

A terceira onda possui um caráter processual, buscando o descongestionamento do sistema judiciário, o que reflete na necessidade de sopesamento da judicialização para resolução do conflito (VASCONCELOS, 2020). Sendo assim, essa onda renovatória visa prevenir futuras lides (CAPPELLETTI; GARTH, 1988) e, caso subsistam, seja apresentada uma alternativa viável de solução, garantidora do acesso à justiça, isto é, a inclusão dos métodos consensuais (WATANABE, 2012).

Com vistas a fomentar a utilização dos métodos alternativos, bem como incentivar os tribunais a oferecerem mecanismos alternativos, em especial os consensuais, foi instituída a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses por meio da Resolução nº 125, de 29/11/2010 (VASCONCELOS, 2020). Com essa Resolução, o Conselho Nacional de Justiça estimulou o pensamento dos magistrados e dos tribunais de modo geral a serem solucionadores de conflitos, sendo visto não mais como um julgador, mas sim como um pacificador (AZEVEDO, 2013). Ou seja, essa perspectiva de harmonização social presente no ordenamento jurídico pátrio atual deriva de um modelo americano do sistema de múltiplas portas: o *Multi Door Courthouse System*. Um projeto apresentado pelo norte-americano Frank Sander, em 1976, que permitiu que o cidadão optasse pela melhor forma de solucionar seu conflito, encontrando em um mesmo local os diversos modelos alternativos (VASCONCELOS, 2020).

Tal sistema foi estruturado em razão do esgotamento dos meios tradicionais de solução de conflitos, o que permitiu outras formas de solução de conflitos para além da sentença judicial. Nessa perspectiva, identificou-se que cada conflito possui suas peculiaridades e que, muitas vezes, a subsunção ao direito positivo não seria capaz de alcançar todos os aspectos daquela relação conflituosa, levando à perpetuação do conflito por meio da propositura de diversas demandas judiciais (SALES; SOUSA, 2011).

Desse modo, verifica-se que por meio da implantação Sistema de Múltiplas Portas e do oferecimento às partes de distintos modelos de solução pelo Poder Judiciário, os conflitos passam a serem solucionados de modo mais simplificado ao permitir a utilização do sistema que melhor se adequa à resolução da lide. (SALES; SOUSA, 2011).

2. TEORIA DO CONFLITO

2.1. Conflito Como Propriedade

No exercício da jurisdição tradicional, previsto de forma a monopolizar a possibilidade de "dizer o direito" apenas ao Estado, desconsidera-se que, na verdade, o conflito pertence às partes. Na década de 70, o sociólogo Nils Christie publicou trabalho intitulado "O conflito como propriedade" (1977) no qual discute a insuficiência do método heterônomo de solução de conflitos, afirmando que as partes envolvidas são meras produtoras de provas, já que uma vez iniciada uma demanda judicial, os atores jurídicos (advogados, defensores públicos, promotores, juízes) manejariam o processo sem que as partes pudessem expor seus interesses

e necessidades. Assim, o conflito passaria a ser propriedade do Estado reduzindo as partes a meros coadjuvantes do processo. O conflito é tomado por outras pessoas totalmente distintas, que se quer o presenciaram. Segundo Nils Christie (1977, p. 3):

> O elemento chave em um processo [...] é que este é convertido de algo entre as partes concretas para algo entre uma das partes e o Estado. Primeiramente, as partes estão sendo representadas. Em segundo lugar, a parte que está sendo representada pelo Estado, ou seja, a vítima, o é de tal forma que na maioria dos procedimentos, é deixada totalmente de fora dos tribunais, sendo reduzida à peça que dá início a tudo.

Assim, ao perceber o conflito como propriedade, o Estado administra o dissenso e despersonifica as partes ao passo que ele as representa e as trata como personagens de uma peça maior, isto é, do processo judicial (CHRISTIE, 1977). Conclui-se que, para essa concepção do conflito, as relações interpessoais estão completamente enraizadas no Estado, sobrecarregando o sistema judiciário e submetendo as soluções dos conflitos interpessoais ao poder estatal.

2.2 Espirais do Conflito

Em decorrência da concepção negativa do conflito, há uma progressiva escalada composta por um ciclo de ações e reações. Assim sendo, cada reação tem como objetivo ser mais severa do que a ação antecedente e, com isso, surge a progressão do conflito (AZEVEDO, 2015). Um exemplo de uma situação em que existe a espiral do conflito:

> Se em um dia de congestionamento, determinado motorista sente-se ofendido ao ser cortado por outro motorista, sua resposta inicial consiste em pressionar intensamente a buzina do seu veículo. O outro motorista responde também buzinando e com algum gesto descortês. O segundo, por sua vez, abaixa a janela e insulta o primeiro. Este, gritando, responde que o outro motorista deveria parar o carro e 'agir como um homem'. Este, por sua vez, joga uma garrafa de água no outro veículo. Ao pararem os carros em um semáforo, o motorista cujo veículo foi atingido pela garrafa de água sai de seu carro e chuta a carroceria do outro automóvel (AZEVEDO, 2015, p. 48).

Esses comportamentos imediatistas, como no caso das espirais do conflito, possuem enfoque adversarial e hipertrofiam o argumento unilateral, fazendo com que as percepções da outra parte não sejam relevantes. Deste modo, a partir do instante em que uma pessoa se manifesta, a outra já prepara uma nova argumentação para dar sequência ao ciclo do dissenso (VASCONCELOS, 2020). Nesse contexto, a concretização da espiral do conflito pode ser exemplificada pela disputa judicial nas relações familiares, já que nela há a polarização das partes, com competição, provocações e mágoas. Isso compromete não só os laços afetivos, como também a solução efetiva da divergência de interesses (DUARTE, 2013).

Os conflitos interpessoais, de modo geral, são compreendidos a partir de três elementos. O primeiro é a própria relação entre as partes na qual há percepções, sentimentos e crenças divergentes entre as partes. Outro componente é o aspecto objetivo, ou seja, o interesse material envolvido. Concomitantemente a isso, o último elemento é a trama decorrente da integração dos dois aspectos citados anteriormente, sendo exemplificada pelas responsabilidades, possibilidades, desdobramentos e implicações da relação interpessoal com o interesse concreto do dissenso (VASCONCELOS, 2020).

A associação da busca pela sentença judicial, como exposto no item anterior, com as expectativas constantemente contrariadas nas condutas humanas resulta concepção do conflito como um fenômeno negativo nas relações sociais. Essa percepção desencadeia a liberação de adrenalina culminando em um mecanismo de "fuga ou luta" que, em regra, causa reflexos como a taquicardia, elevação do tom de voz, raiva, hostilidade, entre outros (AZEVEDO, 2015). Ademais, pode-se afirmar diferentes tipos de conflito como o conflito manifesto, isto é, o que é experienciado e o conflito latente, sendo esse caracterizado pelo interesse material das partes que não está sendo expresso (VASCONCELOS, 2020). Para fins de ilustração, a metáfora do iceberg no mar compreende as manifestações do conflito ao passo que o aspecto manifesto seria a parte visível e o latente, a parte submersa do bloco de gelo.

2.3. O conflito é negativo? Visões de processos construtivos e destrutivos

Uma nova teoria do conflito surge a partir da possibilidade de compreendê-lo como um fenômeno natural e, principalmente, abordá-lo de forma positiva. Essa moderna teoria do conflito enseja na cooperação das partes, sem que haja uma relação antagônica, ocorrendo assim a despolarização. Desde modo, ante a ausência de um comportamento de

ameaça, a "fuga ou luta" não é mais desencadeada e, portanto, aspectos como o equilíbrio, compreensão, serenidade e consciência verbal são estimulados (AZEVEDO, 2015). Diante dessa concepção, as relações sociais tornam-se palco da originalidade e das exteriorizações humanas passíveis de serem naturalmente e, muitas vezes, inevitavelmente conflitantes (VASCONCELOS, 2020).

A partir da aceitação da inevitabilidade do conflito, existe a possiblidade de desenvolver soluções autocompositivas (VASCONCELOS, 2020). Esses conflitos permeiam diferentes esferas como família, escola e comunidade, de modo que não sejam exceções, mas sim parte do cotidiano dos relacionamentos interpessoais. Soma-se a isso, Morton Deutsch (DEUTSCH, 1973 apud AZEVEDO, 2004) que recontextualizou o conflito e fez a distinção entre processos construtivos e processos destrutivos. Na perspectiva positiva, ou seja, construtiva de conflito, é possível percebê-lo como algo inerente às relações humanas e como uma oportunidade de empoderamento dos indivíduos e de aprimoramento das relações humanas. O conflito, no seu viés construtivo, transforma as relações e permite que os indivíduos exponham as suas necessidades e seus interesses e que resolvam outras questões que não estavam tão evidentes quando o conflito surgiu. Além disso, o viés construtivo permite que as partes empoderadas atuem de forma colaborativa e tenham uma visão prospectiva do conflito sem discutir o elemento culpa, transcendendo a dinâmica de vingança, mas focadas na solução do problema. Com isso, a relação, antes minada pelo conflito, se reestabelece em outros termos.

3. A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A mediação é um meio alternativo de solução de conflitos que permite às próprias partes, a partir de uma comunicação eficaz, a chegarem a um acordo que as beneficie, de modo que o mediador ali presente deve garantir que os dois lados consigam exprimir seus interesses (TARTUCE, 2016b). Além de, também, ter como base o acompanhamento das partes na organização de suas necessidades conflitantes, visando uma decisão rápida, satisfatória e eficaz dessas divergências (DIAS, 2005).

Consiste em um método que tem por objetivo a facilitação da comunicação entre as partes por meio da intervenção de um mediador, o qual ao atuar com neutralidade e imparcialidade, auxilia no resgate comunicativo em busca de um acordo (GUILHERME, 2020). Sendo assim, esse método é considerado um instrumento de pacificação social ao passo que instaura velocidade, imparcialidade, baixo custo e qualidade no consenso

entre as partes (LEITE, 2008). Desse modo, busca clarear as percepções dos envolvidos a fim de demonstrar diferentes aspectos de uma mesma situação, aumentando as condições para uma harmonia nas relações, como a familiar, por exemplo, após a decisão conjunta (OLIVEIRA, 2000).

O Código de Processo Civil aponta a mediação como meio ideal para resolver divergências em casos que envolvam partes que tenham um vínculo pessoal e emocional anterior à existência do conflito (artigo 165, §3°), de modo que os desacordos familiares se encaixam nesse método alternativo, visto que a relação familiar é uma relação continuada que pode gerar outros conflitos.

Em resumo, a mediação é uma autocomposição das diferenças, na qual as partes são instruídas para a reabertura e a manutenção do diálogo cujo objetivo é encontrar soluções que satisfaçam a todos os mediandos (MÜLLER, 2005). No decorrer das sessões de mediação, ao permitir que as partes exteriorizem suas vontades e colocá-los como protagonistas da solução, destaca-se seu senso de justiça na relação existente (TARTUCE, 2016a). Sendo o papel do mediador facilitar o diálogo entre os mediandos por meio do reconhecimento dos interesses individuais com o objetivo de estender essa comunicação para o futuro (ALMEIDA e AZEVEDO, 2012). Deste modo, a mediação familiar propõe uma justiça mais humana, ao permitir que os próprios mediandos encontrem a solução para a lide, destacando-se a observância ideal do princípio da dignidade humana (TARTUCE, 2016a)

Já no processo judicial, há uma priorização dos fatos narrados, não representando, necessariamente, o real interesse das partes, tornando intransigível todas as alegações fáticas durante o andamento processual. No andamento da ação é o juiz em profere uma sentença com base em perdas e ganhos, estimulando, assim, uma visão antagônica das partes. Somam-se a isso os sentimentos de frustração, angústia e rancor resultados dessa judicialização dos interesses familiares. (RAMALHO, 2018)

Derivada das inovações da Resolução 125 do CNJ, da Lei de Mediação e do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, gradualmente a mediação obtém seu espaço no direito brasileiro, principalmente no que se refere ao Direito de Família. O artigo 693 do CPC delimita a atuação desse método consensual de solução de conflitos aos "processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação." Além disso, os artigos seguintes também tratam sobre o tema: o artigo 694 dispõe sobre a obrigatoriedade do juiz pela busca pela solução consensual do conflito, podendo ser auxiliado por

profissionais de diversas áreas de conhecimento, assim como ele pode, a requerimento das partes, suspender o processo diante de uma mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar. Já o artigo seguinte (artigo 695) ordena o comparecimento do réu à audiência de mediação, mediante mandado de citação que conterá somente os dados necessários à audiência e será desacompanhado de cópia da petição inicial, embora seja assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo em qualquer momento. Por fim, o artigo 696 estabelece que a quantidade de sessões de mediação seja suficiente para a solução consensual do conflito, sem que haja perecimento do direito das partes.

3.1. Princípios Norteadores da Mediação

A Lei de Mediação (Lei n° 13. 140/2015), em seu artigo segundo, dispõe uma série de princípios os quais devem nortear o seguimento das sessões deste meio adequado para solução de conflitos. Além dos princípios determinados pela lei específica, o Código de Processo Civil complementa a lista incluindo a independência; a informalidade e a decisão informada (vide art. 166 CPC).

Neste tópico serão abordados de forma objetiva alguns dos princípios elencados, iniciando-se pela imparcialidade do mediador, também denominado como princípio da neutralidade, o qual busca garantir que o mediador esteja isento de qualquer vinculação com qualquer das partes, seja ela étnicas ou sociais (AZEVEDO, 2015) assegurando a inexistência de conflito de interesses que possa afetar o andamento da mediação (NETO, 2016). O princípio da independência também se relaciona com a figura do mediador ao visar a garantia de liberdade de atuação deste (NUNES, 2016).

O princípio da confidencialidade é previsto em ambas as legislações supra mencionadas, tamanha sua importância. Por meio dele garante-se que todas as informações declaradas durante a sessão de mediação não devem ser explanadas a terceiros, bem como não podem ser utilizadas como meio de prova em eventual ação judicial, tendo por objetivo criar uma relação de confiança entre as partes (AZEVEDO, 2015). Contudo, é necessário atentar-se a existência de uma exceção ao princípio na hipótese de ocorrência de crime de ação pública, sendo legalmente previsto no artigo 30, §3° da lei de mediação.

Ainda com objetivo de trazer mais confiança, bem como espontaneidade à mediação tem-se os princípios da informalidade; simplicidade e oralidade. Desse modo, é possível que as sessões sejam fluidas, não necessitando seguir um procedimento padrão pré-fixado (ALMEIDA;

PAIVA, 2016). A oralidade, além de relacionar-se com a simplicidade é devida a não utilização de provas e documentos escritos de modo geral, excetuando-se pelo documento de acordo ao final do procedimento, se for o caso (NUNES, 2016).

No mesmo sentido, visando a clareza procedimental, tem-se o princípio da decisão informada, ou da consciência relativa do processo, o qual tem por objetivo garantir a compreensão das partes acerca de todo o procedimento alternativo de solução de conflitos, bem como que tenham plana ciência acerca das consequências de participação, seus direitos e deveres e possibilidade de finalizar à sessão com ou sem acordo (AZEVEDO, 2015).

Por fim, tem-se os dois principais princípios para a temática deste trabalho, o princípio da autonomia das partes e o da obrigatoriedade, os quais merecem uma atenção especial tendo em vista o existente debate acerca do conflito entre eles. O primeiro determina que as partes têm total liberdade em todo o procedimento autocompositivo, de modo que não somente não devem ser obrigadas a nada durante a sessão, como também podem estabelecer um procedimento; criar um cronograma (NUNES, 2016), e até mesmo, escolherem o mediador que conduzirá o procedimento. Deste modo faz-se necessário compreender que o respeito à autonomia das partes é um princípio fundamental (TATURCE, 2016).

Por outro lado, o princípio da obrigatoriedade é observado em situações específicas que o próprio texto legal ordena a designação ao método alternativo para solução da lide, como nos casos: no litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmada na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia (artigo 565 CPC); nas ações de família, desde que o conflito seja mediável (artigo 695 CPC); na hipótese da presença de cláusula escalonada em contrato (artigo 1º, parágrafo 1o. da Lei de Mediação). Assim, é possível verificar um existente conflito, direto ou indireto, entre estes dois últimos princípios mencionados, de modo que sua análise e aprofundamento merecem ser abordados em capítulo específico.

4. A DINÂMICA ENTRE A OBRIGATORIEDADE DAS SESSÕES DE MEDIAÇÃO E O RESPEITO À AUTONOMIA DAS PARTES

4.1. O Atual Código de Processo Civil e os Métodos Autocompositivos

O Código de Processo Civil de 2015 concedeu destaque à solução de conflitos de modo consensual, estimulando especificamente o uso da mediação e conciliação dentro da nova sistemática processual, como é possível verificar por meio da redação do artigo 3°, §§2° e 3°. Sendo,

o incentivo à utilização dos meios adequados, uma obrigação de juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público. Os parágrafos do artigo supra citado são grandes demonstradores da mudança processual brasileira, direcionando-se cada vez mais à uma pacificação social e valorização do princípio da promoção da paz (VASCONCELOS, 2020). Além disso, a inclusão dessas técnicas de autocomposição pelo legislador é reflexo do amadurecimento dos novos mecanismos na solvência de disputas (PEDROZO, 2015) de modo que "sempre que possível, a solução será consensual" (VASCONCELOS, 2020, p.34).

4.2. O Princípio da Obrigatoriedade nas Ações de Família

O atual Código de Processo Civil, em sua parte Especial, tem um capítulo que trata especificamente das ações de família (Título III, Capítulo X, do artigo 693 ao 699) nas quais devem, prioritariamente, serem incentivados a adoção de métodos adequados para a solução da lide. Em seu artigo 693, o Código elenca as temáticas familiares que serão englobadas pelo procedimento especial, dentre elas os processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável guarda, visitação e filiação. Ressalvando, em seu parágrafo único, que nas ações de alimentos, ou quaisquer outros assuntos que versarem sobre criança ou adolescente, serão regidas por legislação específica, aplicando se for conveniente esse artigo. Importante observar que o rol exposto na redação legal é meramente exemplificativo, sendo possível aplicar em outras ações familiares, conforme entendimentos doutrinários (TARTUCE, 2019). O Enunciado 72 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (2017), bem como o Enunciado 19 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM, 2015) apontam esse entendimento de exemplificação do rol previsto no artigo supra citado.

O artigo seguinte (art. 694 CPC) aponta, inclusive, que nas hipóteses acima elencadas, deve-se empreender todos os esforços para uma solução consensual, sendo, contudo, necessária a observância do Enunciado 187 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, o qual aponta que os esforços empregados para incentivar a adoção da solução consensual deve limitar-se ao uso de qualquer forma de constrangimento ou intimidação, bem como conselhos acerca da matéria da lide (TARTUCE, 2019).

Já a determinação exposta na redação do art. 695 do código "Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694."

demonstra a existência de uma obrigatoriedade do meio consensual no que tange as ações de família (VASCONCELOS, 2020).

Entretanto, parte dos autores que abordam o tema compreende a inexistência de obrigatoriedade propriamente dita, isto pois, a obrigação limita-se a participação, especificamente ao comparecimento, na sessão de mediação, mas não existe imposição de negociação ou de acordo a ser realizado entre as partes (LIMA; PELAJO, 2016).

Carlos Eduardo de Vasconcelos (2020) destaca que a utilização obrigatória da mediação como método adequado para solução dos conflitos familiares poderá ser realizada judicialmente ou extrajudicialmente, de acordo com a preferência das partes. Porém, o meio consensual em nada prejudica a atuação judicial a fim de evitar-se a prescrição do direito, sendo suspenso todos os prazos no período de ocorrência das sessões de mediação.

Contudo, essa obrigatoriedade é criticada por outra parte da doutrina, como Humberto Pinho e Michele Paumgartten (2014, p. 380):

> [...]a forma como a mediação vem sendo introduzida em alguns ordenamentos desfigura o instituto e tem a finalidade de servir a propósitos meramente estatísticos, e que estão longe de atender às necessidades do cidadão. [...]Todo esse processo tem como essência ser voluntário, respeitando a autonomia da vontade das partes, admitindo-se até que seja incentivada a prática mediativa por um juiz, mas é descabida qualquer pretensão de torná-la obrigatória, prévia ou incidentalmente à demanda judicial.

Nesse sentido, relacionando o princípio da voluntariedade decorrente da autonomia das partes, com o princípio da liberdade e o da não obrigatoriedade, Fernanda Tartuce (2019) defende o entendimento de que a obrigação quanto ao uso de meios consensuais não deve prevalecer, devendo o texto legal do artigo 695 do Código de Processo Civil ser interpretado a partir da expressão "se for o caso". Ou seja, a sessão se mediação somente seria marcada se assim fosse de interesse das partes.

4.3. Respeito à Autonomia das Partes

Como já demonstrado no item 3, a mediação, de acordo com Fernanda Levy, é um meio que prioriza a autonomia das partes ao proporcionar a possibilidade da busca por soluções em conjunto que melhor atendam às necessidades reais dos envolvidos na disputa (LEVY, 2016). Trata-se de preceito fundamental que deve reger todo procedimento mediatório,

conforme determina o Código de Ética para Mediadores do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA, [201-?])

O princípio da autonomia da vontade está expressamente no ordenamento brasileiro no artigo 166 do CPC, no artigo 2°, V da Lei de Mediação e na Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça em seu anexo III. Esse último dispositivo estabelece que a autonomia da vontade é:

> "o dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou no final do processo, podendo interrompê-lo a qualquer momento (Anexo III, art. 2º, II)" (TARTUCE, 2016b, p. 191).

O respeito a este princípio significa permitir às partes decidir todo e qualquer aspecto referente à sessão de mediação e seu andamento, do início ao fim (NETTO; SOARES, 2016). Inclusive, há o entendimento de que respeitar a autonomia das partes relaciona-se com a voluntariedade dos mediandos quanto à participação neste método consensual, visto que, havendo uma obrigatoriedade de participação não existe autonomia em qualquer outra escolha relacionada ao procedimento (NETTO; SOARES, 2016).

Em contra ponto, Levy (2016) aponta que o legislador não desrespeitou o princípio da autonomia e voluntariedade das partes visto que, como já apontado, a obrigatoriedade resume-se ao comparecimento à primeira sessão de mediação, não sendo imposta a participação e adoção do sistema como um todo. Tal posicionamento apresenta total aderência ao que dispõe o §2° do artigo 2º da Lei de Mediação: "Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação".

4. CONCLUSÕES

A partir desse trabalho, pode-se analisar que a mediação é um exemplo dos métodos consensuais de resolução de conflitos que mais se adequa às ações de família, conforme aponta a legislador. Deste modo, desde a concepção do acesso à justiça e suas ondas, decorrendo a gratuidade de justiça, ampliação das ações populares e o descongestionamento do judiciário, a autocomposição vem sendo estimulada e desenvolvida no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim sendo, o objetivo desse artigo foi apresentar a autocomposição e demonstrar a naturalidade dos conflitos de interesses nas relações interpessoais. Ademais, a partir da leitura do artigo 694 do CPC, assim

como do artigo 2°, §2° da Lei de Mediação o legislador determinou a obrigatoriedade de comparecimento às sessões de mediação impostas pelo juiz nas ações de família. Como também, expôs a suposta obrigatoriedade das sessões de mediação em contraposição ao respeito à autonomia das partes ou ao princípio da voluntariedade. Apesar de divergências na literatura sobre o tema, a análise da legislação direciona para a obrigatoriedade apenas do comparecimento e não da permanência das sessões de mediação. Logo, a obrigatoriedade não vai de encontro ao princípio da autonomia, pois a participação é voluntária, como em toda e qualquer sessão de mediação.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRÉ LUIS RODRIGUES PEDROZO. O Novo Código de Processo Civil e o Direito de Família. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Rio Grande do Sul, n° 33, pp. 36-54, 2015.

ALMEIDA (Org., 2015, p.146). AZEVEDO, André Gomma (Org.). Manual de Mediação Judicial. Brasília/DF: Ministério Da Justiça e programa das Nações Unidas para o desenvolvimento, 2012.

ALMEIDA, Diogo A. Resende de; PAIVA, Fernanda. *Princípios da mediação de conflitos*. In: ALMEIDA, Tânia; JONATHAN, Eva. Mediação de Conflitos - para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 106 - 107.

AZEVEDO, André Gomma (org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.* Universidade de Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, V. 3, 2004.

AZEVEDO, André Gomma (org.) *Manual de Mediação Judicial.* Brasília: CNJ, 2015.

AZEVEDO, André Gomma de. *Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas decorrentes de novos processos de resolução de disputas*. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (org.). Mediação de Conflitos. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 3-22.

BRASIL. Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015**.** *Código de Processo Civil*, Brasília, DF, mar 2015.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**.** *Lei de Mediação,* Brasília, DF, jun 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015- 2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 09 fev. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *In*.: *The British Journal of Criminology.* V. 17, 1977, p. 1-15.

CONIMA,Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. *Código de Ética para Mediadores***.** ***[201-?].*** Disponível em: https://conima.org.br/mediacao/codigo- de-etica-para-mediadores/. Acesso em: 08 fev. 2021.

DEUTSCH, Morton. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes.* New Haven and London: Yale University Press, 1973.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 2ª Ed. Revista. Livraria do Advogado Editora, 2005.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Mediação de conflitos na alienação parental: estudo de caso. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (org.). *Mediação de Conflitos.* 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 141-159.

FPPC. ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS-CIVIS. Florianópilis: 2017. Disponível em: https://institutodc.com.br/wp- content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf. Acesso em: 16 mar. 2021.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de arbitragem e mediação***.** 5.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

IBDFAM. IBDFAM aprova Enunciados. 2015. Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados. Acesso em: 16 mar. 2021.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. A previsão contratual da cláusula de mediação sob prisma da lei 13.140/2015: A oportunidade de autocomposição projetada. *Revista científica virtual da Escola Superior de Advocacia nº 23.* São Paulo OAB/SP. 2016. Disponível em: https://www.esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/

files/RevistaVirtual/Revista%20Cienti%CC%81fica%20ESAOABSP%20Ed%2023.pdf. Acesso em: 09 fev. 2021.

LEITE, Manoella Fernandes. *Direito de Família e Mediação: a busca para resolução pacífica na disputa de guarda dos filhos.* A Busca para Resolução Pacífica na Disputa de Guarda dos Filhos. 2008. IBDFAM Acadêmico. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/436/novosite. Acesso em: 09 fev. 2021.

LIMA, Evandro Souza e; PELAJO, Samantha. A mediação nas ações de família. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de ; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 109-119.

MÜLLER, Fernanda. Insuficiência da Justiça Estatal. *O trabalho do psicólogo no campo jurídico.* CRUZ, Roberto Morais. MACIEL,Saidy Karolin. RAMIREZ, Dario Cunha (orgs.). São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

NETO, Adolfo Braga. O mediador, sua ética, o marco legal da mediação e o novo CPC: comentários iniciais. *Revista científica virtual da Escola Superior de Advocacia,* nº 23. São Paulo OAB/SP. 2016. Disponível em: https://www.esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/Revista%20Cienti% CC%81fica%20 ESAOABSP%20Ed%2023.pdf. Acesso em: 09 fev. 2021.

NETTO, Fernando Gama de Miranda; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 109-119.

NUNES, Antonio Carlos Ozorio. *Manual de mediação: guia prático da autocomposição.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Milton de**.** *A mediação de conflitos: A mediação é uma técnica de solução de conflitos rápida, ágil, flexível e particularizada a cada caso.* Gestão Plus n.º 12 - jan/fev 2000.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise de acesso à justiça**.** In: Soares, Fabiane Verçosa; Muniz, Joaquim Paiva; Pantoja, Fernanda;

Almeida, Diogo Assumpção. *Arbitragem e Mediação.* Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 370-379.

RAMALHO, Fabiana. *A mediação no âmbito do direito das famílias. Revista Jus Navigandi,* ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5325, 29 jan. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/60291. Acesso em: 09 fev. 2021.

SALES, Lilia Maia de Morais e SOUSA, Mariana Almeida de. O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. In: *Direitos Fundamentais & Justiça* - ano 5, n. 16, jul/set. 2011, p. 205

SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. Acesso à justiça e meios alternativos de resolução de conflitos. *Revista Eletrônica de Direito Processual,* Rio de Janeiro, vol 10, n.10, dez. 2012. Disponível em: http://www.e- publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/598/showToc. Acesso em: 09 fev. 2021.

TARTUCE, Fernanda. Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil. In: *Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro.* Marcos Ehrhardt Jr. (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2016a, v. 1, p. 77-91.

TATURCE, Fernanda (b). Opção por conciliação e mediação**.** *Revista científica virtual da Escola Superior de Advocacia* nº 23. São Paulo OAB/SP. 2016. Disponível em: https://www.esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/Revista%20Cienti% CC%81fica%20ESAOABSP%20Ed%2023.pdf. Acesso em: 09 fev. 2021.

TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e os meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; Crespo, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil.* 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE NA ERA VIRTUAL

BOQUIMPANI DE CASTRO, Sarah[1]
BRAGA JÚNIOR, Getúlio Nascimento[2]

1 Graduanda em Direito na Faculdade IBMEC-RIO. Integra o Grupo de Pesquisa Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento DGP/CNPq (IBMEC-Rio). Conclusão do ensino fundamental e ensino médio no Centro Educacional Espaço Integrado. Fluente em inglês pelo IBEU (Instituto Brasil-Estados Unidos). Detém o básico do italiano, através do Instituto Brasileiro de Italiano e Cultura. Possui o certificado DELE (Diploma de Español como Lengua Extranjera) no nível B1. E-mail:sarahboquimpani@hotmail.com

2 Doutor em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGF/UFRJ). Graduado e licenciado em Filosofia pela UFRJ. Graduado em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF). Professor Filosofia do Direito da Universidade Candido Mendes (UCAM), Universidade Estácio de Sá (UNESA) e do IBMEC-Rio. Lidera os Grupos de Pesquisa Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento DGP/CNPq (IBMEC-Rio) e o Grupo de Pesquisa Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissional - DGP/CNPq (UCAM). ge.bragajunior@gmail.com

RESUMO

Esse artigo está atrelado a um projeto de pesquisa científica, que busca demonstrar como a tecnologia pode influenciar o Direito. O documento irá trazer diversas reflexões no âmbito tecnológico de algoritmos e suas conexões com o Mundo Jurídico. O objetivo principal é defender que a Inteligência Artificial gera consequências positivas para o Direito Formal, mas muitas incertezas ao Direito Material. Através da comparação, análise de notícias e citação, também serão abordados aspectos relacionados a imparcialidade, softwares discriminatórios e repercussão social. Atualmente, a internet é sinônimo de progresso e otimização do tempo, no entanto, pode causar prejuízos morais se programada e utilizada de forma contrária à moral social. Com isso, o artigo incide sobre a conclusão de que ainda não há meios e desenvolvimentos suficientes para a junção da Máquina Judiciária e Algoritmos, sendo limitado o seu uso em Tribunais a fim de evitar discórdias sociais.

Palavras-chave: Tecnologia; dados; parcialidade; discriminação.

1. INTRODUÇÃO

Uma das garantias estruturais do processo é a imparcialidade do juiz. Durante o trâmite da ação, o juiz deve ser isento e livre de contaminações psicológicas, a fim de ser convencido pelo argumento das partes, promovendo um julgamento imparcial. Para isso, ele deve ser equidistante e realmente exemplificar a justiça cega, aquela que não olha preferencialmente para uma só parte, mas que analisa os dados e provas.

Nenhum julgamento é neutro, pois não é possível deletar a bagagem histórico- social do representante da justiça, mas sempre é buscado dar a razão a quem tiver razão. Para isso, foram instituídas medidas práticas para assegurar esse objetivo, como o Instituto do Impedimento do Juiz, abordado no artigo 144 do Código Processual Civil e o Instituto da Suspeição do Juiz, artigo 145 do mesmo Código.

Com a inserção da tecnologia no Direito, a imparcialidade de robôs que ajudam na tomada de decisão pode ficar comprometida por razões técnicas, devido ao atual baixo desenvolvimento tecnológico sobre essas áreas. Isso é um grande problema, visto que podem haver comportamentos discriminatórios que serão absorvidos pela máquina. Um exemplo disso foi a Tay, Inteligência Artificial desenvolvida pela Microsoft, que foi tirada do ar em menos de 24 horas, pois ao invés de interagir e conversar com os jovens nas redes sociais, pelo sistema Machine Learning, começou a reproduzir o racismo e a ignorância da internet.

Fatos como esse não podem ocorrer na máquina judiciária devido ao princípio de igualdade material, visando tratar as desigualdades na medida de suas diferenças. Uma máquina com um software não adequado pode gerar sérios problemas, deturpando a imagem da Justiça. A pesquisa do National Institute of Standards and Technology (Nist), com relatório denominado "*Face Recognition Vendor Test (FRVT) Part 3: Demographic Effects*", validou empiricamente que há uma diferença demográfica na maior parte de algoritmos de reconhecimento facial estudados. Cada vez mais devem haver estudos que não só alertam sobre esse problema, mas também que proponham meios de evitar causar empecilhos discriminatórios durante o processo.

Um exemplo da importância desse tema foi quando a França proibiu que os dados de identidade de magistrados e servidores do Judiciário não poderiam ser reutilizados com o objetivo ou efeito de avaliar, comparar ou prever suas práticas profissionais. O fato impulsionador foi que grandes empresas utilizavam a Inteligência Artificial para analisar

como eles costumam decidir e se comportar em determinados assuntos para tentar predizer o resultado de julgamentos e pressionar o juiz em sua decisão. O artigo 33 da Lei de Reforma do Judiciário por fim proibiu a publicação de estatísticas sobre decisões judiciais.

O posicionamento da França sobre este aspecto é de grande relevância, uma vez que pela alta probabilidade de algoritmos acertarem a possível tomada de decisão do juiz, não deveria haver uma completa liberdade e autonomia para uma máquina decidir sobre o litígio. A questão a ser debatida é que a internet torna o processo mais célere e objetivo, devendo ser limitada e supervisionada para abranger determinados elementos jurídicos, como a imparcialidade, e auxiliar os juízes.

2. METODOLOGIA

A pesquisa foi direcionada a partir do princípio da imparcialidade e parcialidade, atendo- se às contradições atuais tecnológicas. Foram analisados dados, artigos e notícias que descrevem o assunto, debatendo e criticando a influência da inovação no âmbito jurídico. Através da comparação e descrição, o artigo foi sendo construído para responder a seguinte pergunta: "Até que ponto a Inteligência Artificial pode otimizar o Direito?".

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1. A IMPARCIALIDADE COMO FUNDAMENTO

A Doutrina Jurídica defende que os vícios de imparcialidade afastam o juiz da causa por interferir no princípio do juiz natural, no qual seria aquele não escolhido livremente pela parte, sob pena de comprometimento da racionalidade para julgar determinada ação, assegurado no artigo 6, inciso LIII, da Constituição Federal. A princípio, a parcialidade seria uma razão das causas de impedimento e suspeição. A primeira refere-se ao magistrado enquadrar-se nas disposições do artigo 144, do Código Processual Civil, e a segunda em relação ao artigo 145 do mesmo Código. De alguma forma, esses dois institutos demonstram que o juiz possui um interesse mesmo que indireto na causa analisada.

Conforme Alexandre de Moraes, "o direito a um juiz imparcial constitui garantia fundamental na administração da Justiça em um Estado de Direito e serve de substrato para a previsão ordinária de hipóteses de impedimento e suspeição do órgão julgador" (ALEXANDRE DE MORAES, 2007). O tratamento igualitário aos litigantes deve reger a

Máquina Judiciária, no contrário correndo o risco de anulação futura da decisão ou o afastamento do magistrado. Ele tem que deixar de lado suas influências pessoais para julgar o fato delituoso. Não só se afasta de seus valores individuais na decisão final do processo, como também durante o seu trâmite. A parcialidade pode se manifestar na linguagem corporal, comportamento e expressão facial, sendo de extrema importância sua eficácia. O Pacto de San José da Costa Rica considera este aspecto como um direito subjetivo fundamental do acusado, como também um pressuposto para um julgamento justo. Assemelha-se a um médico neste aspecto, pois este presta a mesma qualidade de atendimento para diferentes tipos de pessoas, independentemente de suas trajetórias.

Segundo o artigo 8º do Código de Ética, o magistrado imparcial seria aquele que busca a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, evitando qualquer comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito. No artigo 9º também descreve o tratamento igualitário, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação.

Diante disto, a tecnologia pode tanto ajudar no predomínio da imparcialidade como na difusão da parcialidade, demonstrando um verdadeiro paradoxo. Muitos indivíduos acreditam que a máquina só consegue reproduzir a estrita função que lhe foi designada, trazendo diversos benefícios para a Justiça, como a celeridade e alto índice de probabilidade. Ao se deparar com os inúmeros processos brasileiros, é claramente visível a importância da internet. Segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça, existem 78,6 milhões de processos judiciais em trâmite no Poder Judiciário brasileiro. Cada um dos 18.141 juízes brasileiros decide, em média, 1.877 processos por ano, o que corresponde a oito casos solucionados por dia útil. Ou seja, na média seria um processo para cada dois cidadãos.

A partir disso, um software programado para propor uma otimização dos casos seria o ideal. Seria programada uma Inteligência Artificial Fraca. Essa é a mais difusa atualmente usada para fins específicos, ligada à programação, não sendo capaz de ter raciocínio próprio, dependendo do conhecimento categorizado pelos seres humanos. Porém, também existe a Inteligência Artificial Forte, a qual é pouco desenvolvida e está relacionada à autoconsciência, não reproduzindo raciocínios. Por vários testes de tentativa e erro, o programa chega no resultado desejado e reforça o caminho que percorreu, sendo chamado de Machine Learning. Com o tempo, consegue ser mais assertivo, se aperfeiçoando e carrega em seu código a regra de aprendizagem e não a de decisão.

Partindo dessa diferença, é necessário delimitar em até que ponto a tecnologia atual pode ajudar na tomada de decisão e os limites dos algoritmos para a solução do litígio. O Brasil do século XXI está ampliando cada vez mais os horizontes tecnológicos em todos os saberes e faculdades científicas para implementar a inovação. Um efeito disso foi o Processo Judicial Eletrônico (PJe) regulamentado pela Lei nº 11.419/2006, gerando a primeira marcante ruptura com o conservacionismo, acelerando a prática de atos jurídicos e possibilitando o acompanhamento processual online.

O crescimento tecnológico não está só acontecendo com o PJe, mas também com o VICTOR, o qual é a Inteligência Artificial elaborada pelo Superior Tribunal Federal (STF), em conjunto com a Universidade de Brasília (UnB). A inovação é capaz de realizar quatro funções, entre elas a conversão de imagens em textos no processo digital, separação do início e do fim de um documento em todo o acervo do Tribunal, divisão e classificação das peças processuais mais utilizadas nas atividades do STF e a identificação dos temas de repercussão geral de maior incidência. Em outras palavras, realiza em 5 segundos tarefas que os funcionários públicos levariam 44 minutos.

VICTOR é um dos projetos patrocinados pelo Conselho Nacional de Justiça, em que este órgão está investindo cada vez mais em pesquisas semelhantes. Em 2018, o CNJ apontou que o Poder Judiciário brasileiro atingiu gastos de R$ 2.28 bilhões, com um total de 79,7% em suas 92 Cortes com processos judiciais totalmente eletrônicos. O quadro de profissionais de TI nos tribunais alcança o número de 6.000, sendo 2.000 desenvolvedores de software. Esses dados refletem a importância de acompanhar as mudanças sociais que acontecem no âmbito internacional.

A China, por exemplo, usa a Inteligência Artificial nos Tribunais desde 2013 e, 95% dos serviços da Corte Suprema são online, diminuindo a burocracia da ação judicial. Além disso, emprega o reconhecimento de palavras em base de números com os depoimentos em áudio, o qual reduziu em até 30% o tempo de análise dessas informações. Esse sistema funciona atualmente em 32 províncias chinesas, com mais de um milhão de usuários. De acordo com Pei Xianding, juiz da Corte Suprema do Povo da China, já foram transmitidas 4,92 milhões de reuniões ao vivo e ainda haverá um grande avanço pela frente.

De fato, o Brasil está traçando o caminho certo em direção à inovação e, mais precisamente apresenta majoritariamente mudanças que afetam o Direito Formal e não Material. Ou seja, há a busca para agilizar e automatizar procedimentos processuais e não fundamentalmente analisar questões relacionadas à tomada de decisão. Isso é um ponto positivo,

pois ainda há poucos recursos que se tornam insuficientes para programar um software capaz de resolver litígios baseando-se nas garantias fundamentais, respeitando as partes.

No entanto, os Estados Unidos já passaram por situações polêmicas relacionadas a Inteligência Artificial, gerando muitos problemas. O Sistema Criminal dos Estados Unidos utiliza o COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions)*, o qual seria um software criado para realizar a avaliação de risco. Em princípio, ajudaria os juízes a determinar se um réu deve ser mantido na cadeia ou sair enquanto aguarda o julgamento. Ele avalia o histórico do acusado e compara-o com o de outros que estão sendo processados, criando correlações e a probabilidade de um réu ser preso por um novo crime durante o período do processo. No entanto, os réus de "alto risco" estavam sendo alvos de racismo pela própria máquina, segundo uma investigação do ProPublica em 2016, pois a pesquisa descobriu que entre os réus não reincidentes, os negros tinham duas vezes mais chances do que os brancos de serem considerados como risco elevado.

Países com desigualdade social e racial já possuem um histórico de prisões indevidas dependendo de como as vítimas se projetam na sociedade. Inúmeros casos de atos indevidos por policiais em relação aos negros crescem a cada ano, principalmente em 2020 quando houve a publicização de casos críticos como o de George Floyd em Minneapolis e João Pedro no Rio de Janeiro. A Inteligência Artificial observa que afrodescendentes possuem uma maior probabilidade por razões erradas e acabam reproduzindo isso no tribunal.

A tecnologia é fundamental para a evolução do Direito, mas devem-se tomar as devidas precauções para evitar propagar a discriminação nesta esfera. Os exemplos não se limitam ao COMPAS, mas também ao robô social desenvolvido por Joy Buolamwini, em que o software não reconheceu o seu rosto negro. Ela explica que esses sistemas são moldados pelas prioridades e pré-conceitos, conscientes ou não, das pessoas que os criam, por um fenômeno de visão codificada. Com isso, Joy Buolamwini criou um projeto para decodificar esse estereótipo, influenciando até em um documentário chamado "Coded Bias" por Shalini Kantayya.

No artigo "The Ethics of Artificial Intelligence" de Nick Bostrom e Eliezer Yudkowsky, a questão ética trazida pelos algoritmos herda requerimentos sociais, apresentando características similares a seres humanos ao assumir trabalhos cognitivos com dimensão social, tal qual a transparência. No entanto, não é pela sua grande base em big data que

não existirá falhas, não sendo necessariamente objetivas e neutras. Ideologias e valores podem ficar escondidos pela estrutura matemática.

Para evitar a parcialidade do software, é preciso que o time desenvolvedor seja plural e abranja diferentes gêneros e raças, além te ter sólidas justificativas e meios imparciais. Essas medidas devem ser tomadas para que o algoritmo cumpra os seus objetivos principais, os quais seriam a precisão, objetividade e imparcialidade, visto que é uma máquina. Ou seja, buscaria tomar decisões não influenciadas por aspectos pessoais, já que como destaca Cathy O'Neil, algoritmos nada mais são do que opiniões codificadas e é um truque de marketing fazer com que eles pareçam puramente matemáticos.

Uma pesquisa desenvolvida por pesquisadores das universidades de Canterburry (Nova Zelândia), Guizhou (China), Victoria (Austrália) e Bielefeld (Alemanha) buscava responder a pergunta "Humanos podem transmitir a robôs os preconceitos raciais que nutrem por outros humanos?". Após fazerem diversos testes com os participantes e algoritmos, a resposta foi "sim". Não demonstrava a relação máquina-indivíduo, como também indivíduo-máquina, pois até mesmo os participantes manifestaram que a cor do robô importava para suas concepções. Indiretamente, eles mesmos criaram estereótipos para os aparelhos e só 11% refletiram indiferença para a tonalidade.

Estudos como este só refletem que a discriminação está profundamente enraizada no inconsciente das pessoas. As máquinas conseguem absorver essa moléstia social e agravá-la pelo processo de Machine Learning, em que a operação do sistema não está completamente detalhada e pré-definida pelo programador. O banco de dados só é utilizado como base, permitindo ao sistema reconhecer e reproduzir conjuntos de padrões implícitos no banco de dados.

Os algoritmos também são utilizados por empresas de recrutamento para selecionar candidatos a cargos executivos. Na atual realidade, a maior parte destes cargos são ocupados por homens brancos. Assim, o software buscaria possíveis CEOs a partir de questionáveis fatores de sucesso, baseado na predominância de determinadas características. Estudiosos chamam esse fenômeno de data laundering (lavagem de dados), em que cientistas da computação refletem, voluntária ou involuntariamente, falhas ou preconceitos em algoritmos para que eles pareçam objetivos e meritocráticos, seja através de propriedade intelectual ou de sigilo comercial.

Atualmente, deve-se ter cautela com os dados que são postados e circulam na internet. Os algoritmos são sequências de instruções designadas e programadas para a máquina seguir. Caso as informações imputadas sejam prejudiciais a algum grupo social, a Inteligência Artificial vai perpetuar e até acentuar a característica segregacionista.

3.2. AS INOVAÇÕES COM A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

De acordo com o artigo "*Regulation against the machine*", Inteligência Artificial é "um oxímoro, formulado para representar qualquer tipo de solução tecnológica que mimetize a inteligência, que, tradicionalmente, é exclusivo de seres vivos evoluídos em matriz carbônica" (BECKER e FERRARI, 2019). Ou seja, seria uma máquina capaz de absorver traços do processo cognitivo dos seres humanos, podendo realizar tarefas que normalmente requerem a inteligência humana.

Esse modelo está propenso a produzir invisibilidade e apagamentos, pela falta de limites. Por ser amparado por números e probabilidades, ele passa uma perigosa impressão de neutralidade. A presença de pontos cegos no sistema acaba reproduzindo não só o racismo estrutural, mas também um olhar masculino, segundo a feminista inglesa Laura Mulvey, pelo excesso da sexualização de mulheres na internet.

O projeto iniciado por Ott Velsberg na Estônia já é alvo de polêmicas por estar no processo de desenvolvimento de um juiz robô. A princípio, a máquina decidiria pequenas causas de até 7 mil euros, podendo o projeto transitar em julgado com a sua decisão. Mesmo para os cidadãos desse país confiarem nos dados armazenados pelo Governo, uma ação de grande repercussão social pode mudar suas concepções.

Os algoritmos funcionam a partir de um sistema operacional de dados, que a partir de sua leitura e treinamento, aprendem com as variáveis e formam o seu modelo de Machine Learning. Dependendo dos modelos, dados e variáveis, os números vão gerar diversos resultados. Cada dia, novas inovações revolucionam as métricas de sua verificação, sendo tudo ainda novo e em treinamento, para ver se os valores estão de acordo com o que a sociedade deseja.

Uma ferramenta que está sendo muito utilizada para auxiliar na construção de IA fraca é o projeto Sinapses, iniciado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Essa solução permite a produção de serviços inteligentes para melhor entender e auxiliar o Processo Judicial Eletrônico. Também é baseada em microsserviços da Inteligência Artificial, proporcionando o controle dos modelos, a gestão de versões e a

rastreabilidade do processo de treinamento. Os modelos produzidos por Sinapses podem se enquadrar a qualquer sistema que necessite de uma resposta específica, previamente definida e treinada a partir de exemplos.

A descoberta desse sistema só foi possível pelo avanço tecnológico. Não há dúvidas de como a internet revolucionou e melhorou a medicina, engenharia e outras áreas de estudo. A questão é que em relação ao Direito, houve mudanças positivas e negativas. As positivas se baseiam na celeridade, organização e otimização do tempo para funcionários públicos, tal como o VICTOR. Mas já as negativas podem aumentar a defasagem social que cada país carrega e luta contra diariamente. Diante disso, pode-se analisar que limites devem ser delimitados para gerar menos problemas e a regularização vai justamente abranger este ponto.

No Brasil, o Marco Civil da Internet foi uma grande conquista sobre a proteção de dados virtuais, neutralidade da rede e fiscalização. A Lei 12.965 foi fruto de diversas discussões e aprovada tardiamente, visto que a internet já estava em decurso já há um grande tempo. Não é de se espantar o lapso temporal que separa a popularização da utilização de novas dinâmicas e a regulamentação legal de tais práticas sociais. Por exemplo, só em 2018 com a Lei nº 13.640 houve alteração nas diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana para regulamentar o "transporte remunerado privado individual de passageiros", após 4 anos da chegada da empresa Uber no país.

Sem uma norma geral, o tema pode ser regulamentado por diferentes instrumentos normativos e ainda sofrer reflexos de leis internacionais. Tal necessidade justifica-se pelos sistemas poderem causar danos a direitos individuais e coletivos, como vistos anteriormente. A iniciativa que pode servir de inspiração foi a proposta pelo relatório "*Preparing for the Future of Artificial Intelligence*" feita pelos Estados Unidos, a qual busca alcançar o equilíbrio entre a aplicação de Machine Learning de forma segura, evitando riscos e violações a princípios dos Direitos Humanos. Prevendo desde imediato possíveis normas que irão reger o limite entre o Direito Material e Formal, há o favorecimento antecipado de possíveis litígios.

Diante disto, o senador Styvenson Valetim apresentou o Projeto de Lei nº 5.051/2019, visando regulamentar o uso da Inteligência Artificial no país. Com apenas sete artigos, muitas informações essenciais foram deixadas de lado, como a definição de "Inteligência Artificial" e outras foram interpretadas sem o acompanhamento científico, por exemplo, os princípios norteadores de respeito à dignidade humana e a transparência. As descobertas ainda são poucas para saber se é possível traçar

limites em uma máquina que se baseia em Machine Learning. Por isso, essa iniciativa embora com boas intenções, não refletem a atual necessidade e realidade das pesquisas científicas sobre esse software.

3.3. DEBATES SOBRE O JUIZ ROBÔ

Cada vez mais há novidades sobre este assunto, visto que é um assunto polêmico e pouco regulamentado. Os softwares projetados por cientistas são reincidentes, conseguindo prever de forma precisa o resultado de julgamentos de casos reais, como pelos cientistas de computação da University College London, que o "juiz" de inteligência artificial chegou ao mesmo veredicto em relação aos casos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, em praticamente 4 de cada 5 situações envolvendo tortura, tratamento degradante e privacidade. Examinando 584 casos, o algoritmo analisou as informações e criou suas próprias decisões, assemelhando-se em 79% às sentenças feitas pela Corte.

Ao se utilizar da IA forte, é dificultado a transparência de determinadas garantias estruturais do processo. A ampla defesa (artigo 5º, LV, CF) e o contraditório (artigo 5º LV, CF) ficam limitadas por desconhecer como a máquina chegou a uma sentença, pois esses dois aspectos baseiam-se no conhecimento da fundamentação às partes. Ferindo o princípio da não-surpresa, o juiz robô pode proferir uma decisão e não publicizar suas razões, devido à falta de conhecimento sobre a sua trajetória, impedindo ao autor e réu de discuti-las.

Aspectos como esses devem ser estudados cuidadosamente antes de serem implementados, já que as possíveis vítimas são os seres humanos. A polícia de Los Angeles, Califórnia, utiliza o PredPol para prever e prevenir futuros crimes que ocorreriam durante o dia, apontando o lugar e o tipo penal. Com isso, a polícia chega antes para evitar que algum bem seja violado. No entanto, esses dados estavam reproduzindo determinado preconceito, visto que as comunidades étnicas e culturais estavam sendo mais vigiadas do que normalmente já eram. A patrulha de policiais sempre entra nessas áreas e como já está no local, acabam reportando mais crimes por estarem presenciando. O PredPol dificilmente alerta sobre um crime em uma localidade mais abastada por justamente acreditar que tem menos ilegalidades, pelos poucos relatórios de ocorrência que os oficiais realizam.

Portanto, algoritmos podem reproduzir as mazelas sociais. O Direito deve se atentar aos mínimos detalhes quando a IA forte for utilizada, evitando mais danos. Em um país como o Brasil, em que negros e pardos são vítimas de violência, baixa renda e menor acesso à saúde e educação,

não podemos intensificar os problemas. Como cidadãos, devemos nos unir e defender a igualdade material nos âmbitos da Justiça.

4. CONCLUSÕES

Em 1965, Gordon Moore publicou um artigo descrevendo a evolução tecnológica que iria ocorrer nos próximos anos. Em longo prazo, o número de transistores em um processador dobraria, em média, a cada dois anos e mantendo o mesmo ou menor custo e o mesmo espaço. Mas em 1975 houve uma revisão, em que Moore redefiniu o período do número de transistores, percebendo que dobraria de dois anos para 18 meses. A lei de Moore demonstra que a sociedade da Quarta Revolução Industrial muda a cada segundo e nós não podemos ficar para trás.

Para o uso da Inteligência Artificial, deve-se estabelecer um limite ideal que responsabiliza aos seres humanos o Direito Material e aos robôs o Direito Formal. Atividades mais repetitivas e simples podem ser automatizadas e guiadas pela IA fraca, mas a tomada de decisão final, por ser algo mais complexo e sensível, torna-se imprescindível a atuação de um ser humano.

Buscando propagar a imparcialidade e evitar que pessoas sejam vítimas de um ataque discriminatório da máquina, mesmo que indireto, é necessário tratar deste assunto com cautela. Pode ocorrer de os juízes proferirem uma sentença baseada em seus princípios individuais, porém conseguimos combater e evitar que isso ocorra. Já no caso da IA forte, a transparência é um caso desconhecido, pois está totalmente ligada ao código-fonte, o qual não auxilia na compreensão humana de como a máquina opera.

É fundamental priorizar em primeiro plano o conhecimento e a familiarização com Machine Learning e só depois colocá-lo em atuação no Judiciário, com um amparo legislativo. Torna-se incabível implementar algum software ou diretriz que não detemos de todo o saber, a fim de evitar futuros danos.

Sendo assim, atualmente, podemos delimitar a atuação de robôs nos tribunais, impedindo sua presença em aspectos cruciais de um processo, que só os indivíduos são capazes de diferenciar e classificar as partes sensíveis. A realidade, de acordo com Cathy O'Neil, é que os algoritmos são armas de destruição matemática ("*weapons of math destruction*"), tendo que ser utilizados de forma cautelar.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKER, Daniel. FERRARI, Isabela. ARAUJO, Bernardo. *Regulation against the machine: Críticas ao PL que busca regular inteligência artificial no Brasil*. **Jota**, 26 set. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulation- against-the-machine-26092019>. Acesso em 5 fev. 2021.

BECKER, Daniel. FERRARI, Isabela. *Algoritmo e preconceito: É preciso que se crie uma política de accountability dos algoritmos*. Jota, 12 dez. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/algoritmo-e-preconceito-12122017#sdfootnote10sym>. Acesso em 5 fev. 2021.

BOSTROM, Nick. YUDKOWSKY, Eliezer. *The ethics of artificial intelligence, 2011.* Disponível em: <https://www.nickbostrom.com/ethics/artificial-intelligence.pdf>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRAGA, Carolina. FEIGELSON, Bruno. *Como regular as aplicações de inteligência artificial? As diferentes formas de se tratar aplicações de AI, as quais variam conforme a cultura e valores de cada sociedade*. Jota, 07 jun. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/como- regular--as-aplicacoes-de-inteligencia-artificial-07062018>. Acesso em 10 março 2021.

BRASIL. *Constituição Federal da República*, 1988. Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código Processual Civil.* Brasília, DF.

BUOLAMWINI, Joy. *Quando o robô não reconhece a pele escura: Confiar à inteligência artificial a decisão de contratar ou não alguém incorre no risco de injustiças de natureza racial.* The New York Times**,** Nova Iorque, 21 jun. 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/quando-o-robo-nao-reconhece-a-pele- escura-dj1czox8aebwgvru2jzvveyze>. Acesso em 10 fev. 2021.

CARDOSO, Maurício. *Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça*. ConJur, 15 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao#:~:text=-Na%20m%C3%A9dia%2C%20significa%20um%20processo,toda%20a%20populaÇ%C3%A3o%20brasileira%20participar>. Acesso em 8 março 2021.

CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em < https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_STF_codigo.pdf>. Acesso em 8 fev. 2021.

COMO A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PODE AFETAR OS TRIBUNAIS. Iris, 12 mar. 2017. Disponível em: <https://irisbh.com.br/como-a-inteligencia-artificial-pode- afetar-os-tribunais>. Acesso em 7 fev. 2021.

FACE RECOGNITION VENDOR TEST (FRVT) PART 3: DEMOGRAPHIC EFFECTS. NIST, 2019. Disponível em: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/ir/2019/NIST.IR.8280.pdf>. Acesso em 8 fev. 2021

FERRARI, Isabela. *Accountability de algoritmos: A falácia do acesso ao código e caminhos para uma explicabilidade efetiva*. ITS, 2018. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/03/Isabela-Ferrari.pdf>. Acesso em 5 março 2021.

GUEDES, Anielle. *Inteligência artificial no tribunal: da análise de dados ao algoritmo juiz.* UOL, 21 nov. 2019. Disponível em: <https://anielleguedes.blogosfera.uol.com.br/2019/11/21/inteligencia-artificial-no-tribunal-da-analise-de-dados-ao-algoritmo-juiz/?cmpid=copiaecola>. Acesso em 09 fev. 2021.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://enfase-mkt.s3.amazonaws.com/newlaw/PDF+Inteligencia+Artificial/Inteligencia_artificial_nopoder_judiciario_brasileiro_2019-11-22.pdf>. Acesso em 8 fev. 2021.

JOUVENAL, Justin. *Police are using software to predict crime. Is it a 'holy grail' or biased against minorities?* The Washington Post, 17 nov. 2016. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/local/public-safety/police-are-using-software-to-predict-crime-is-it-a-holy-grail-or-biased-against-minorities/2016/11/17/525a6649-0472-440a-aae1-b283aa8e5de8_story.html>. Acesso em 6 março 2021.

LUMMERTZ, Henry. *Algoritmos, inteligência artificial e o Oráculo de Delfos: As inúmeras questões suscitadas pela aplicação de algoritmos e IA no Judiciário e Administração Pública.* Jota, 12 out. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/algoritimos-inteligencia-artificial-e-o-oraculo-de-delfos-12102018>. Acesso em 7 fev. 2021.

MACHINE BIAS: *There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks.* ProPublica, 23 maio 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal- sentencing>. Acesso em 5 fev. 2021.

MANZONI, Ralphe. *O reconhecimento facial é racista? Uma questão para IBM, Microsoft e Amazon.* Neo Feed, 12 jun. 2020. Disponível em: <https://neofeed.com.br/inovacao/o-reconhecimento-facial-e-racista-uma-questao-para-ibm--microsoft-e-amazon>. Acesso em 15 fev. 2021.

MENOTTI, Gabriel. *Inteligência artificial, racismo e misoginia na automatização da visão.* Revista Zum, 12 jul. 2019. Disponível em: <https://revistazum.com.br/radar/inteligencia-artificial-racismo>. Acesso em 10 fev. 2021.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional,* 7ª edição. Atlas, 2007.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Da imparcialidade do magistrado*. Justificando, 13 jun. 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/06/13/imparcialidade-do- magistrado/>. Acesso em 8 fev. 2021.

SIMÕES, Helton Gomes. *Humanos transferem racismo a robôs, mostra estudo. UOL*, São Paulo, 03 mar. 2018. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2018/08/03/humanos-discriminam-robos-com-base-em-sua--cor-mostra-estudo.htm>. Acesso em 09 fev. 2021.

OS RECURSOS NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS: PREJUÍZO OU NECESSIDADE AO ACESSO À JUSTIÇA?

VARELLA, Paulo Erlich[1]
MOREIRA, Cesar Motta[2]

1 Mestre em Direito; Universidade Estácio de Sá, paulo@rblr.com.br.

2 Mestre em Direito; Universidade Estácio de Sá, cesarmmotta@hotmail.com.

RESUMO

O presente estudo busca avaliar, com fundamento na doutrina e jurisprudência, qual o impacto do não cabimento de recursos contra as decisões proferidas no procedimento de produção antecipada de provas, disciplinado pelo Código de Processo Civil de 2015. Além de trazer os pontos positivos e negativos que se vinculam à questão em destaque, o estudo buscou apresentar alguns problemas que vêm surgindo desde a promulgação do novo complexo normativo processual, no que envolve esse tema. O estudo, para tanto, se debruçou sobre duas marcantes inovações do (não mais tão) Novo Código de Processo Civil, quais sejam, o procedimento de "Produção Antecipada da Prova", previsto a partir do artigo 381 e o regime mais fechado do cabimento dos recursos contra as decisões judicias, seja através da supressão de algumas espécies recursais (artigo 994) ou através da própria impossibilidade, em certos casos, de se interpor um recurso imediatamente após a decisão ter sido proferida (artigos 1.009, § 1º e 1.015). Dessa forma, a produção do estudo buscou levar ao operador do Direito uma visão panorâmica, não só do potencial da produção antecipada de provas, mas da sua própria aplicação prática.

Palavras-chave: Código de Processo Civil; Produção Antecipada de Provas; Instrução Probatória; Recorribilidade; Recursos.

1. INTRODUÇÃO

Durante o processo legislativo do projeto de lei que deu origem ao Código de Processo Civil de 2015, a possibilidade praticamente ilimitada de recorrer foi considerada um dos grandes gargalos do Direito Processual Civil, responsável pela morosidade e capaz de prejudicar o acesso à justiça e a efetividade do processo, gerando, aliás, descrédito aos operadores do Direito[3]. Diante dessa premissa, algumas novas medidas relacionadas ao regime recursal foram perquiridas.

Noutra linha, a conjugação do direito fundamental à prova, com o prestígio aos meios adequados de solução de conflitos, a privilegiar cada vez mais uma solução negociada das controvérsias, levaram o legislador a elaborar o novo procedimento de produção antecipada de provas, despido, necessariamente, da natureza cautelar que ostentava no Código de Processo Civil de 1973.

No atual contexto normativo, a Produção Antecipada de Provas se dividiu em três espécies, sendo a primeira aquela destinada a assegurar a produção da prova, combatendo, assim, o risco de prejuízo para a instrução de processo atual ou iminente (art. 381, I do Código de Processo Civil). A segunda espécie tem seu objetivo vinculado à viabilização de uma autocomposição, justificando ou evitando o próprio ajuizamento da ação judicial dita "principal" (artigo 381, II do Código de Processo Civil). Por fim, tem-se a espécie em que a parte busca uma prova para avaliar se os fatos trazem conveniência para uma demanda (art. 381, III do Código de Processo Civil).

Nota-se que a primeira espécie possui nítido caráter contencioso[4], razão pela qual será essencial o exercício do contraditório e da ampla defesa, já que a produção desta prova estará intimamente relacionada ao convencimento do magistrado no momento de proferir a sentença de mérito na ação ordinária que posteriormente for proposta.

Já as duas espécies seguintes trilham caminho distinto, pois vinculam hipóteses em que a jurisdição não possui um caráter de conflito e, portanto, contencioso, mas apenas uma busca ou alternativa de evitar-lhe.

---

3 Na própria exposição de motivos apresentada pela comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do Novo CPC, nos idos de 2010, já constava, como um dos objetivos principais de seus trabalhos, "*simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal*" (BRASIL, 2010, p. 26)

4 Em sentido contrário: THEODORO JR., Humberto. 2017, p. 944.

Tanto existem espécies contenciosas como não contenciosas, que através do artigo 382, § 1º do Código de Processo Civil "*o juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção de prova ou no fato a ser provado, salvo inexistente caráter contencioso*".

Ocorre que o artigo 382, § 4º do Código de Processo Civil, dispôs expressa e indistintamente que, em qualquer uma dessas espécies de procedimento de produção antecipada de provas, "*não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário*".

Mas assim como já se vaticinara insuficiente o rigoroso fechamento do cabimento de recursos, principalmente do agravo de instrumento, no supostamente taxativo rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil, o mesmo debate cerca as questões que envolvem as decisões proferidas no procedimento de produção antecipada de provas, sejam elas consideradas "interlocutórias", ou seja, proferidas ao longo do simplório procedimento ou mesmo que o encerrassem, ostentando natureza de verdadeiras sentenças.

O problema afeto ao rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil aparentemente foi resolvido pela via jurisprudencial, quando do julgamento dos Recursos Especiais nº 1.696.396/MT e 1.704.520/MT[5], regidos pelo rito do artigo 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, que o definiram como um rol de "taxatividade mitigada", ampliando consideravelmente as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento durante a fase de conhecimento do processo.

O problema posto, a motivar a presente pesquisa, se consubstancia na possibilidade de decisões proferidas no âmbito do procedimento de produção antecipada de provas do Código de Processo Civil de 2015 virem a ser recorríveis, em confronto ao que textualmente é vedado pelo artigo 382, § 4º do complexo normativo processual.

Seu objetivo principal centra-se, então, em analisar em qual medida a solução jurídica conferida à problemática do regramento geral dos recursos contra as decisões interlocutórias, sob o prisma do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, pode auxiliar uma nova compreensão sobre o tema, não somente no que diz respeito às decisões interlocutórias, mas também de qualquer outra natureza, que sejam proferidas no âmbito do procedimento de produção antecipada de provas.

5 Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, DJE: 19/12/2018.

2. METODOLOGIA

A metodologia empregada se baseou, fundamentalmente, na pesquisa bibliográfica, anterior e posterior ao advento do Código de Processo Civil 2015, além do estudo de julgados, tanto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça quanto no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que envolvam, além da questão do cabimento geral dos recursos do processo civil, a sua aplicação específica no procedimento de produção antecipada de provas, possuidor, supostamente, de regime recursal próprio e ainda mais limitado.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Ergue-se, como ponto central de discussão, a possibilidade de interposição de recursos no âmbito da produção antecipada de provas, a despeito do artigo 382, § 4º do Código de Processo Civil ser direto ao afirmar que "*não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário*".

De um lado, aqueles que lutam pela aplicação literal do texto legal, ou seja, se o mesmo foi claro ao impossibilitar os recursos, não caberia ao intérprete, por puro deleite, esticar a aplicação da norma a ponto de permitir o seu cabimento. O outro lado traz uma interpretação sistemática, capaz de aceitar a regra da impossibilidade recursal, mas mitigando para o seu cabimento em casos específicos, capazes de evitar o desmoronamento do próprio sistema processual civil.

No sentido do não cabimento de recursos contra as decisões proferidas no âmbito do procedimento de produção antecipada de provas, autores há que levantam tal bandeira, principalmente, por conta da expressa dicção do artigo 382, § 4º do Código de Processo Civil, que poderia (e talvez até mesmo deveria) sugerir uma disciplina diferenciada daquela disposta para o procedimento comum (artigo 1.015 do Código de Processo Civil). É o caso, por exemplo, de Eduardo Talamini, que assim defende a irrecorribilidade de qualquer decisão no procedimento, admitindo, contudo, a possibilidade de eventual impetração de mandado de segurança como sucedâneo recursal:

> Proíbe-se recurso contra qualquer decisão no processo de produção antecipada, seja interlocutória, seja a própria sentença – exceção feita à decisão que indefere integralmente a antecipação probatória (art. 382, § 4.º). O duplo grau de jurisdição não é, em si mesmo,

> garantia constitucional. Pode não ser previsto em lei, desde que isso não implique modelo desarrazoado de processo, ofensivo à garantia do due process (CF (LGL\1988\3), art. 5.º, LIV). Pareceu ao legislador do CPC/2015 (LGL\2015\1656) ser esse o caso da medida de antecipação de prova, dada a limitação de seu objeto. Todavia, caberá mandado de segurança contra as decisões que violem direito líquido e certo de qualquer das partes (CF (LGL\1988\3), art. 5.º, LXIX; Lei 12.016/2009, art. 5.º, II) (TALAMINI, 2016, p. 98)[6]

Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno destaca que:

> O § 4 do art. 382 veda defesa ou recurso, salvo contra o indeferimento total ou relativo à prova. Longe de atritar com os princípios do contraditório e da ampla defesa, a regra é pertinente porque discussões relativas à avaliação da prova serão feitas a posteriori. O que basta é o contraditório seja, como regra, observado nos termos do § 1º (e com a ressalva que fiz acima), o que estará satisfeito se as regras relativas a cada um dos meios de prova forem suficientemente observadas, isto é, o contraditório relativo à colheita da prova é irrecusável, sendo desnecessária qualquer antecipação relativa à valoração da prova, e, consequentemente, ao contraditório dela decorrente. (BUENO, 2016, p. 354)

De uma forma geral, é de se notar que a concordância com a vedação recursal se relaciona, como nas lições acima, à finalidade da produção antecipada de provas em si e sua completa desvinculação com um futuro processo "principal", razão pela qual, inclusive, não haverá prevenção do juízo que conhecer da demanda antecipatória acaso ajuizada, de fato, uma demanda que lhe seja decorrente (art. 381, § 3º, do Código de Processo Civil). A ausência de valoração do mérito, da força probante ou da relevância do fato probando não se encontram em discussão na produção antecipada, o que justificaria a limitação imposta pelo legislador.

Contudo, principalmente por sua aparente rigidez e assertividade, a vedação ocasionou, e ocasiona, controvérsias e críticas da doutrina.

Nesse segundo grupo, que aponta uma interpretação sistemática capaz de alargar a interpretação do texto, há especial destaque já para a própria contradição com outros dispositivos da produção antecipada de provas.

6 Humberto Theodoro Jr. comunga do mesmo entendimento, no sentido do não cabimento de recursos, mas tão somente, de forma excepcional, o mandado de segurança (THEODORO JR., 2020, p. 911). Pela irrecorribilidade total, ainda, NEVES, 2016, p. 678.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero apontam que o art. 382, § 4º do Código de Processo civil está em contradição com o que foi disciplinado no parágrafo que lhe precede:

> Se o próprio texto legal autoriza a todos os interessados (e não apenas ao requerente inicial) formular pedidos de obtenção de outras provas neste mesmo procedimento, e se esses requerimentos podem ou não ser acolhidos, é evidente que se deve autorizar a impugnação desses eventuais indeferimentos, sob pena de tornar absolutamente inútil a previsão da cumulação e arbitraria a decisão que a examina. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 266)

Jonathan Nasser Regioli, também nessa toada, aponta um paradoxo com a citação determinada pelo artigo 382, § 1º do Código de Processo Civil, invocando a própria natureza deste ato processual.

> Determinar a citação para ser mero expectador do procedimento é inconcebível e fere de morte as garantias constitucionais ao princípio do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Para que a citação seja válida, deve ser oportunizada para que a parte participe no processo, dando-se por meio do contraditório. (REGIOLI, 2021, p. 311)

Por fim, Marcos Noboru Hashimoto traz uma interpretação no sentido de que o artigo 382, § 4º do Código de Processo Civil "*não será admitida defesa ou recurso que envolva matéria de mérito*", ou seja, "impossibilitando que se instaure um processo contencioso "*sobre o(s) fato(s) em si*" (HASHIMOTO, 2021, p. 371).

Cognição, assim, haverá, já que questões de ordem pública, além de outras relacionadas à admissibilidade da prova, serão invariavelmente objeto de apreciação, e possível discussão entre as partes, abrindo a necessidade de se privilegiar o contraditório e, por conseguinte, o duplo grau de jurisdição (embora este último não seja defendido por parte da doutrina, como visto). Apontando momentos processuais em que a produção da prova precisa de uma cognição, Arruda Alvim destaca que:

> Nos casos de exercício do direito autônomo da prova (art. 381, II e III do CPC/2015) haverá cognição, ainda que limitada.
>
> Isso porque, em todas as hipóteses de antecipação de prova haverá conhecimento das questões relativas à admissibilidade da prova,

> sobretudo na perspectiva de sua licitude. E, ainda, haverão de ser analisadas questões relativas ao modo de produção da prova, que deve ser regular e não pode ofender o contraditório. Por tais razões, não há como concordar com o argumento de que a prova antecipada é desprovida de contraditório ou mesmo com a afirmação de que não há propriamente produção de prova nesse procedimento. (ALVIM, 2020, ITEM 24.5.2)

Autores há também que ali enxergam uma potencial inconstitucionalidade, por limitar indevidamente os princípios da inafastabilidade da jurisdição, ampla defesa e devido processo legal, porque, conforme destaca Fernando Gama de Miranda Netto, "*ao estabelecer que no âmbito da produção antecipada de prova não há defesa ou recurso, parecer ter o legislador infraconstitucional ignorado solenemente o inciso LV do art. 5º da Lei Maior*" (MIRANDA NETTO, 2021, p. 474).

Neste sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira destacam que a vedação total à defesa ou recurso "*é um passo que o legislador infraconstitucional não poderia dar*", sugerindo ser razoável "*compreender o dispositivo de modo não literal*" (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, 2017, p. 156/157).

Eduardo Talamini, igualmente, embora mantenha-se firme quanto à irrecorribilidade de qualquer decisão proferida no procedimento, propõe, no que toca à vedação genérica e irrestrita de defesa no procedimento, uma interpretação "*que o salve da inconstitucionalidade*", cunhando o tratamento dado ao tema, no Código de Processo Civil de 2015, como "*ainda pior que o do diploma anterior*" (TALAMINI, 2016, p. 95)

Na jurisprudência da Corte fluminense, há distintos entendimentos sobre a questão, sem haver, necessariamente, uma linearidade acerca do cabimento, restrito ou irrestrito, de recursos em tal procedimento, nem mesmo com relação ao agravo de instrumento, principalmente, se o cabimento deve ser analisado à luz do artigo 382, § 4º, do artigo 1.015, ou mesmo de uma conjugação entre ambos.

Isso também acaba ocorrendo, principalmente, porque, apesar de idealizado para ser simples, célere e dotado de pouca ou nenhuma imersão no mérito de um potencial futuro conflito, ostentando, para parte da doutrina, natureza de procedimento de jurisdição voluntária[7], a produção antecipada de provas não deixa de ter lugar em procedimento submetido ao contraditório, o que não raro dá azo as questões que acabam

7 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, 2017, p. 156/157.

tendo de ser objeto de decisão judicial, embora não vislumbradas idealmente pelo legislador.

Assim, diversas decisões, incluindo algumas expressamente previstas como recorríveis no art. 1.015 do Código de Processo Civil, podem ser (e comumente são) proferidas no âmbito do procedimento de produção antecipada de provas, de onde se pode advir dúvida entre a utilização do permissivo legal do art. 1.015 ou, ainda, vedar por completo, pelo princípio da especialidade, a interposição de qualquer recurso em decorrência da vedação específica para o procedimento contida no art. 382, § 4º.

A determinação de emenda à petição inicial, o deferimento ou revogação da gratuidade de justiça, a distribuição da responsabilidade pelos custos da prova, a fixação de honorários periciais em valor elevado, a incorreta, irrisória ou excessiva condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais, a eventual violação ao direito à intimidade, tanto pela própria produção da prova como por indeferimento de segredo de justiça ao processo e a determinação de eventuais medidas coercitivas para indução de comportamento da parte, visando a produção da prova (ex.: entrega ou exibição de documentos), são apenas alguns exemplos de decisões cuja prolação é plenamente possível em sede de produção antecipada de provas e que, a se manter uma interpretação literal do artigo 382, § 4º do Código de Processo Civil, não seriam passíveis de impugnação via recurso.

Algumas das decisões acima citadas se encontram expressamente previstas no rol do art. 1.015. Outras, mormente à luz do entendimento pacificado pelo STJ no julgamento do Recursos Especiais nº 1.696.396/MT e 1.704.520/MT, submetidos ao regime de julgamento repetitivo (Tema 988), se enquadrariam como recorríveis de imediato pela via do agravo com base na tese da "taxatividade mitigada" ali firmada.

E na jurisprudência é possível encontrar, como antes mencionado, decisões que admitem a interposição de recursos em situações como as elencadas acima, assim como vedando por completo seu cabimento, firme na literalidade do texto legal, mesmo a despeito do que decidiu o Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial Repetitivo no que toca ao rol do artigo 1.015 do CPC e o cabimento de recurso contra as decisões interlocutórias para além das hipóteses taxativamente descritas na Lei.

Essa dispersão de entendimentos é notada, por exemplo, quando se decide pela recorribilidade, via agravo de instrumento, de decisão que determina a emenda da petição inicial do procedimento de produção antecipada de provas, com base no já mitigado rol do art. 1.015 após o julgamento da tese repetitiva pelo STJ:

> Agravo de instrumento. Produção antecipada de provas. Determinação de emenda da inicial. Descabimento. Taxatividade mitigada do rol do art.1015 do NCPC. Pretensão autoral que encontra amparo no novel diploma processual. Inteligência do art. 381 do NCPC. Reforma do julgado[8],[9].

Ou ainda quando se entende pelo não cabimento de apelação contra o capítulo da sentença proferida em tal procedimento e que verse, única e exclusivamente, sobre a condenação da parte ao pagamento de honorários sucumbenciais, questão que se afasta do âmago da produção antecipada de provas:

> Ação de Produção Antecipada de Provas. Sentença de procedência para condenar o requerido a exibir o histórico das faturas de consumo relativas à unidade consumidora objeto deste processo, e relativos ao período compreendido entre abril/2015 e outubro/2017, com suas respectivas quitações, no prazo de 48h. Apelação. Recurso manifestamente inadmissível – art. 382, §4º do CPC/15. Procedimento voltado tão somente à colheita de prova, sem qualquer valoração judicial sobre os elementos porventura obtidos. Não conhecimento do recurso.[10],[11]

8 TJRJ – Agravo de Instrumento nº 0007003-06.2020.8.19.0000, Rel. Des. Renata Machado Cotta, 3ª Câmara Cível, DJ: 29/06/2020. Também admitindo o cabimento de recurso contra decisão que determina a emenda à inicial de ação de produção antecipada de provas: TJRJ – Agravo de Instrumento nº 0046728- 70.2018.8.19.0000, Rel. Des. Guaraci de Campos Vianna, 19ª Câmara Cível, DJ: 04/07/2019.

9 Do mesmo modo, há decisões em sentido contrário, ou seja, entendendo pelo não cabimento de recurso contra decisão que determina a emenda à petição inicial da produção antecipada de provas por conta da previsão do art. 382, § 4º, do CPC e pela própria ausência de tal hipótese no art. 1.015: TJRJ Agravo de Instrumento nº 0045123-89.2018.8.19.0000, Rel. Des. Marcos André Chut, 23ª Câmara Cível, DJ: 17/09/2018.

10 TJRJ – Apelação Cível nº 0130837-14.2018.8.19.0001, Rel. Des. Maurício Caldas Lopes, 18ª Câmara Cível, DJ: 24/10/2019. Apesar de não a informação não ser extraível apenas da ementa da decisão, trata-se, como dito, de um recurso de apelação que visava unicamente a reforma do capítulo da sentença relativo à condenação excessiva da parte a título de honorários sucumbenciais.

11 Em sentido contrário, no entanto, pela admissibilidade do recurso de apelação para tratar de matéria relativa aos honorários sucumbenciais: TJRJ – Apelação Cível nº 0088387-95.2014.8.19.0001, Rel. Des. Renata Machado Cotta, 3ª Câmara Cível, DJ: 05/07/2019.

Ora também se utiliza, única e exclusivamente, o art. 1.015 do CPC para fins de não conhecimento do recurso, denotando, por via reflexa, que acaso a decisão se enquadrasse de alguma forma em suas hipóteses legais, o recurso seria cabível, independentemente da vedação do art. 382, § 4º[12], sendo ainda a jurisprudência do TJRJ farta em denegar, de forma rente ao desiderato do instituto e da vedação conferida pelo mencionado dispositivo legal, conhecimento a recursos que visem, por exemplo, simplesmente voltar-se contra o deferimento da produção da prova[13] ou da homologação do laudo pericial produzido em sentença que põe termo ao processo[14].

Um tratamento tanto doutrinário quanto (principalmente) jurisprudencial, definitivamente, despido de uniformidade, justificado pela simplória disciplina de um tema muito mais complexo do que aparentou ao legislador, gerando perplexidade e indesejável insegurança jurídica.

4. CONCLUSÕES

Das três espécies de produção antecipada de provas, indicadas nos incisos do artigo 381 do Código de Processo Civil, o inciso I revela, logo de início, uma contenciosidade mais latente, ante a possibilidade da perda da prova. Ocorre que, mesmo nas outras espécies, a despeito de, a princípio, servirem apenas para uma tentativa de conciliação ou apuração da viabilidade de uma demanda, também podem gerar, em certos casos, alguma disputa, afastando a ideia de jurisdição voluntária, no sentido estabelecido por Chiovenda, de mera administração judicial dos interesses privados (CHIOVENDA, 1965, p. 17).

12 Como se fez com decisão que homologou honorários periciais no Agravo de Instrumento nº 0043416- 18.2020.8.19.0000, Rel. Des. Sérgio Seabra Varella, 25ª Câmara Cível, DJ: 30/09/2020.

13 TJRJ Agravo de Instrumento nº 0060632-26.2019.8.19.0000, Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, 27ª Câmara Cível, DJ: 30/01/2020. Quanto a esse ponto, não se ignora que, por vezes, o próprio deferimento da prova pode ocasionar situações gravosas que aparentemente não estariam acobertadas pela vedação geral do art. 382, § 4º, como quando a prova viola a intimidade de uma parte ou quando não empregado, nos dizeres do próprio Código, meio "moralmente legítimo" para sua obtenção.

14 TJRJ Apelação Cível nº 0006502-46.2016.8.19.0209, Rel. Des. José Carlos Paes, 14ª Câmara Cível, DJ: 11/10/2017 e TJRJ Apelação Cível nº 0133697-56.2016.8.19.0001, Rel. Des. Marianna Fux, 25ª Câmara Cível, DJ: 20/05/2020.

Até porque, é o que deixa bem claro o artigo 382, § 1º do Código de Processo Civil de 2015 quando requer a citação dos interessados caso existente caráter contencioso na produção da prova.

A ausência de coisa julgada material da produção antecipada de provas permite que, após a sua produção, o juízo que vier a receber a demanda principal entenda pela necessidade de refazê-la, corrigindo algum defeito e, portanto, colocando o procedimento de volta aos trilhos do amplo exercício do contraditório[15].

Ocorre que, na produção antecipada de provas com a finalidade de resguardar uma prova que pode se perder (art. 381, I CPC/2015), o tema é mais sensível, já que o magistrado da demanda principal provavelmente não terá a oportunidade de corrigir tal defeito já que, tendo em vista a natureza do pedido de urgência, a prova poderá se tornar de impossível ou difícil verificação na pendência da ação, ceifando as chances de uma correta produção em juízo.

Embora tenha o Superior Tribunal de Justiça ampliado as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento para as situações nas quais "*verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação*", dando claro sinal de que decisões judiciais podem ser objeto de recurso, ainda que não seja essa a interpretação literal, a *ratio* do referido entendimento nem sempre vem sendo aplicada para outras espécies de decisões que, a princípio, também não comportariam impugnação pela via recursal, a exemplo das proferidas em sede de procedimento de produção antecipada de provas.

A reflexão quanto ao ponto, contudo, é necessária para se compreender que o texto legal do art. 382, § 4º pretende, basicamente, vedar a defesa e o recurso que visem promover a discussão acerca do mérito, da veracidade do fato probando e de sua valoração, que somente será feita em eventual demanda a ser futuramente proposta. Uma enorme variedade de decisões, que escapam a essa limitação, podem ser proferidas ao longo do procedimento, por provocação de qualquer das partes e mesmo de ofício pelo magistrado, sendo a vedação apriorística empreendida pelo legislador, tal como o fizera na hipótese do taxativo rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, insuficiente para o tratamento de um tema tão complexo.

E não apenas decisões interlocutórias (e que, portanto, estariam abarcadas pelo racional do art. 1.015 do CPC) podem apresentar tais características, mas também sentenças (ou seja, decisões que encerram o procedimento, com a homologação da prova ou indeferimento total)

15 Nesse sentido TALAMINI, 2016, p. 11.

podem versar sobre matérias que se afastam do âmago da demanda antecipatória e se revelam verdadeiros capítulos autônomos que, sem relação com a *ratio* da vedação recursal, geram perplexidade ao passarem incólumes a qualquer recurso (como a disciplina da distribuição dos ônus sucumbenciais e a incidência ou não de honorários sucumbenciais).

Setor da doutrina, reconhecendo, por um lado que a matéria foi disciplinada de forma inadequada pelo novo Código, defende a possibilidade de impetração do Mandado de Segurança já que, na ausência de recurso cabível, atos ilegais podem ser corrigidos, pela instância superior, através dessa demanda.

A posição, contudo, esbarra inevitavelmente nos mesmos inconvenientes observados na discussão, outrora ferrenha, porém já pacificada (ao menos jurisprudencialmente), acerca da taxatividade do rol do art. 1.015 do CPC e da solução a ser dada aos casos não regulados pelo dispositivo, sendo o desestímulo à utilização do Mandado de Segurança como medida de impugnação de decisão judicial, vetusto expediente que é reintegrado ao cotidiano forense de quando em quando, uma das razões para o Superior Tribunal de Justiça ter adotado a tese da "taxatividade mitigada"[16], não sendo pertinente que se insista no manejo de um instrumento processual rechaçado pelos tribunais, desta feita no procedimento de produção antecipada de provas.

A frenética dinâmica do processo e das várias situações processuais milita contra uma disciplina estática no trato recursal, mesmo no âmbito de um procedimento que em princípio não se revela de tal forma aberto a ponto de assim justificá-lo. A prática forense já nos ensina, de há muito, que vedações legais ao direito de recorrer, quando postas indevidamente, resultam na ampliação do entendimento pelo próprio cabimento do recurso, ainda que *contra legem*, ou na desaconselhada admissão de sucedâneos recursais para lhe fazerem as vezes.

16 Curiosa, e bastante exemplificativa quanto ao ponto abordado, no sentido do total rechaço a uma nova (velha) utilização do mandado de segurança contra ato judicial, a seguinte passagem do voto condutor da Ministra Nancy Andrighi no fatídico Recurso Especial: "*Se isso é verdade, não é menos verdade que a trajetória do mandado de segurança contra ato judicial se assemelha a de Fênix, um pássaro, também da mitologia grega, único da espécie e que, após viver 300 anos, deixava se arder em um braseiro entrando em autocombustão para, em sequência, renascer das próprias cinzas. Isso porque o legislador brasileiro, ao enunciar as hipóteses de cabimento do agravo no CPC/15, propositalmente quis ou involuntariamente conseguiu reacender, vivamente, as polêmicas e as discussões acerca do cabimento do mandado de segurança contra ato judicial como sucedâneo do recurso de agravo (...) Contudo, é preciso, uma vez mais, tentar abater definitivamente a Fênix que insiste em pousar no processo civil de tempos em tempos e que mais traz malefícios do que benefícios*"

Foi o que aconteceu com o regime do agravo de instrumento, e é o que deve acontecer com as decisões proferidas no procedimento de produção antecipada de provas, procedendo-se a uma interpretação do texto legal em conformidade com caros princípios processuais como a ampla defesa, contraditório, efetividade, celeridade e, ao fim e ao cabo, o próprio devido processo legal, promovendo salutar acesso à justiça, tal como já fizera o Superior Tribunal de Justiça nos paradigmáticos recursos especiais nº 1.696.396/MT e 1.704.520/MT.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual [livro eletrônico]: teoria geral do processo: processo de conhecimento: recursos: precedentes*. 4ª ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Código de Processo Civil: anteprojeto. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed., São Paulo: ed. Saraiva, 2016.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Coordenação: PINHO, Humberto Bernardina Dalla. *Novo Código de Processo Civil: anotado e comparado: lei 13.105, de 16 de março de 2015*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 17.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 2.

HASHIMOTO, Marcos Noboru. Inadmissibilidade de Oferecimento de Defesa ou Recurso na Produção Antecipada de Provas (CPC/2015, art. 382, parágrafo 4º). In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (org.). *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. 3ª ed. Londrina: Editora Thoth, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribubais, 2017. 2 v.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da, ALMEIDA; Marcelo Pereira de. *O Novo código de processo civil comparado*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2016.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Produção Antecipada da Prova: Natureza, Cabimento e Garantias Constitucionais do Processo. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (org.). *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. 3ª ed. Londrina: Editora Thoth, 2021.

NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria De Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil contemporâneo*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

REGIOLI, Jonathan Nasser. Produção Antecipada da Prova: Aspectos Controvertidos. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (org.). *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. 3ª ed. Londrina: Editora Thoth, 2021.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, vol. 260. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/2016

THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 58ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2017. v. 1.

_. Curso de Direito Processual Civil. 61ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2020. v. 1

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 17ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

A EXPANSÃO DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E AS IMPLICAÇÕES À EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA

SABBAD, Jamile[1]
PAUMGARTTEN, Michele[2]

1 Discente em Direito pela Faculdade IBMEC <mile_cavalcante@hotmail.com> Vinculada ao grupo "o desenvolvimento da inteligência artificial na prestação jurisdicional".

2 Doutora em Processo Civil pela UERJ com sanduíche pela Università degli Studi di Firenze com financiamento pela CAPES. Professora de Direito Processual Civil no IBMEC/RJ.

RESUMO

A presente pesquisa faz uma análise dos impactos na efetividade do acesso à justiça a partir da expansão do uso da tecnologia de inteligência artificial pelo Poder Judiciário brasileiro. Nesse cenário, por meio de pesquisa comparada, observando os avanços internacionais a respeito desta temática, esta pesquisa traz como objetivo a obtenção de um retrato dos impactos nas condições de acesso à justiça frente à expansão da utilização da tecnologia da inteligência artificial no Poder Judiciário, destacando casos de viés algorítmico do sistema de inteligência artificial, a fim de avaliar os riscos do uso futuro de softwares decisórios pelos tribunais. O avanço da utilização da IA no Poder Judiciário é temática de relevante impacto social, uma vez que se relaciona diretamente ao acesso à justiça efetivo, sendo essa a motivação da presente pesquisa com enfoque nas consequências desta expansão para o jurisdicionado.

Palavras-chave: Inteligência artificial (IA); Poder Judiciário Brasileiro; Acesso à Justiça.

1. INTRODUÇÃO

O sistema judiciário brasileiro é notoriamente moroso pelo grande acúmulo de demandas judiciais contando atualmente com 78 milhões de processos judiciais[3]. O uso de mecanismos de inteligência artificial pelos tribunais vem sendo considerado uma das respostas a esta morosidade, tanto que o Poder Judiciário é hoje quem lidera no país o uso e desenvolvimento da inteligência artificial para o setor público.

Nos últimos anos houve um considerável avanço em relação ao desenvolvimento e uso da tecnologia de inteligência artificial em diversos tribunais do Poder Judiciário, entre eles, podemos citar apenas alguns: o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Tribunal de Justiça de Rondônia e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que implantou recentemente um software para auxiliar a cobrança de tributos municipais pela 12ª vara de Fazenda Pública, entre outras experiências.

Os métodos de pesquisa adotados serão os de natureza bibliográfica e legislativa. Assim, livros e artigos da literatura nacional e estrangeira serão consultados e trabalhados (mediante encontros de discussão, fichamentos e resumos) sobre a temática de inteligência artificial utilizada pelo Poder Judiciário, avanços nacionais e impactos ao acesso à justiça. Além disso, através de estudo comparado será analisado a aplicabilidade de políticas éticas para o uso de sistemas de inteligência artificial no Poder Judiciário do Brasil como está sendo feito na União Europeia, onde o debate já se encontra mais avançado, através do estudo da Carta da União Europeia de Ética da Comissão Europeia para Eficiência da Justiça sobre o uso da inteligência artificial em sistemas judiciais.

Sendo assim, a pesquisa justifica-se pela necessidade de analisarmos se a expansão do uso de sistemas de inteligência artificial pelo Poder Judiciário pode acarretar riscos à efetividade do acesso à justiça, por determinados fatores sociais, como a exclusão digital e o viés cognitivo replicado pela máquina que pode causar injustiças. Para, em um segundo momento, propor um plano de observações éticas para a utilização de softwares decisórios pelo Poder Judiciário, para o atendimento do objetivo 16 da agenda 2030 da ONU, qual seja, a promoção de sociedade pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, além de proporcionar

3 *O futuro da IA no Sistema Judiciário Brasileiro, mapeamento, integração e governança da IA*. Disponível em: https://itsrio.org/pt/artigos/o-futuro-da-ia-no-judiciario-brasileiro/, 2020, p.4.

o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

Esta pesquisa espera obter como resultado um retrato dos impactos nas condições de acesso à justiça frente à expansão da utilização da tecnologia da inteligência artificial no Poder Judiciário. Para assim, encontrar resposta, através de estudo comparado, da possibilidade de desenvolvimento de um direito à transparência tecnológica, a ser observado pelos juízes no Brasil, conjuntamente a regulamentação do uso da IA nos tribunais por meio de políticas éticas, como ocorreu na União Europeia com a Carta Ética Europeia da Comissão Europeia para Eficiência da Justiça.

2. A EXPANSÃO DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O uso da tecnologia de inteligência artificial (IA) no Poder Judiciário brasileiro está em ascensão nos últimos anos, já sendo utilizada por quatorze tribunais nacionais (incluindo STF e STJ) com o objetivo de auxiliar na prestação do serviço jurisdicional. Porém, as expectativas sobre a possibilidade de o processo decisório ser realizado a partir de modelagens baseadas em IA é objeto de apreensão.

O conceito de inteligência artificial é bastante discutido pelos teóricos e tem diversas definições possíveis. Eduardo Magrini (2019, p.51) esclarece que "seu objetivo é habilitar o desenvolvimento de computadores que sejam capazes de emular a inteligência humana ao realizar determinadas tarefas"[4]. Este é o ponto em comum entre os conceitos: a discussão sobre se o processo cognitivo da máquina deve ser parecido com aquele desempenhado pelo humano ou se apenas deve chegar resultado semelhante. No presente trabalho usaremos como norte conceitual, a análise desenvolvida por Eduardo Magrani em seu livro "Entre dados e robôs", destacado acima.

4 O pesquisador de Stanford, John McCarthy, cunhou o termo em 1956 (durante a Conferência de Dartmouth), considerando que um programa de computador poderia ser considerado AI se fosse capaz de fazer algo que normalmente atrelamos à inteligência de seres humanos. A forma como se realiza a tarefa não é o problema segundo esta concepção, importa apenas ser capaz de fazê-la. Na concepção de outros teóricos, requer-se simplesmente que o trabalho seja realizado, não importando se o cálculo se relaciona de fato com o pensamento humano. Outras concepções estão no meio destas duas concepções, usando o raciocínio humano como modelo que pode informar e inspirar, mas não restritos à ideia de imitação dos humanos. MAGRANI, Eduardo. *entre dados e robôs*. Porto Alegre: Arquipélago Editora, 2019, p. 51.

Atualmente, quatorze tribunais brasileiros já utilizam a inteligência artificial (IA) para auxiliar na prática de atividades burocráticas ou para localizar precedentes como é o caso da "LEIA" utilizado pelos Tribunais de Justiça Estaduais do Ceará, do Mato Grosso do Sul e do Amazonas; ou ainda, para identificar casos repetitivos a fim de agrupá-los para realização de julgamentos semelhantes, como é o caso do "Radar" utilizado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Outros sistemas são mais conhecidos, como é o caso do "Victor", utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para identificar temas de repercussão geral, além de outras atividades, ou o "Sócrates", que vem sendo utilizado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça para triagem e classificação dos recursos interpostos na Corte. Enfim, estes são alguns exemplos do uso da tecnologia de IA pelo Poder Judiciário brasileiro, onde 12 dos 27 tribunais estaduais de justiça já utilizam mecanismos desenvolvidos para uma maior celeridade processual. Tantos outros softwares estão em processo de desenvolvimento ou já na fase de implantação.

Além disso, é importante destacar a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que implantou o laboratório de inovação e o centro de IA voltado a atender as demandas do Poder Judiciário e fomentar o desenvolvimento da inteligência artificial pelos 92 tribunais por ele administrados, para que estes criassem seus próprios modelos de softwares. Com isso destacando os sucessos como o da "Sinapses" desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Rondônia em 2017 que ao produzir os resultados concretos da sua implementação foi nacionalizado pelo CNJ e é hoje referência no Judiciário.

O "Sinapses" tem sido considerado pelo CNJ como um possível componente de uma estratégia de governança de IA, entretanto está vinculado ao Processo Judicial Eletrônico (PJe) permitindo que os tribunais que utilizem esse sistema de processamento eletrônico possam escalar o uso de algoritmos em suas operações. Ainda que a ferramenta esteja sendo elaborado no PJe, está disponível à outros tribunais para que a reutilizem, adaptem e até adicionem seus próprios algoritmos aos sistemas, desde que o "Sinapses" possa ser replicado no sistema de processamento eletrônico utilizado pelo tribunal. Sendo assim, o "Sinapses" torna-se uma plataforma aberta de desenvolvimento de inteligência artificial no Poder Judiciário brasileiro, podendo os tribunais usufruírem de diversos sistemas, podendo incorporá-los incrementá-los e devolver mais desenvolvido ao PJe.

O Conselho da Justiça Federal (CJF) também está incentivando o desenvolvimento de softwares e ferramentas de IA promovendo a captação de práticas de sucesso no âmbito da Justiça Federal, além de trabalhar no desenvolvimento da "Lia", plataforma de inteligência artificial que auxiliará

o seu setor de Ouvidoria. De fato, a expansão do desenvolvimento da tecnologia de inteligência artificial pelo Poder Judiciário, poderá ajudar a conferir maior efetividade ao acesso à justiça, desde que a sua utilização não se preocupe apenas com à eficiência das práticas jurisdicionais, mas também com o usuário final dos serviços judiciais e, consequentemente, da tecnologia legal, especialmente em um país em que a exclusão digital de grande parte dos cidadãos afeta severamente o impacto das soluções tecnológicas ordinariamente apresentadas na sociedade.

Pela diversidade das ferramentas de inteligência artificial utilizadas pelo Poder Judiciário brasileiro, nota-se que elas são desenvolvidas de acordo com a necessidade de cada tribunal, fomentada conforme a necessidade que cada tribunal tem para viabilizar maior celeridade processual, o que, por um lado é bom, pois dificilmente teremos as mesmas dificuldades em tribunais distintos em um dos maiores sistemas judiciários do mundo, mas, por outro lado, representa um desafio à governança do CNJ para desenvolver um só sistema em grande escala, por exemplo, nacional e não regional, como esses demonstraram ser.

3. O PROBLEMA DOS VIESES ALGORÍTMICOS

O crescente interesse pelo processo de aprendizagem da máquina por métodos de *machine learning* e *deep learning*, contrasta com os problemas causados pela falta de transparência algorítmica que impedem que sejam revelados os caminhos do processo cognitivo da inteligência artificial. Assim, já são identificados sistemas de IA que reproduzem padrões discriminatórios – vieses – seja pela seleção de dados que tenha determinado viés ou pela omissão de dados mais plurais definidos pelo programador que serão utilizados pelo sistema ou até mesmo, desenvolvido no processo de aprendizagem das máquinas, seja como for é possível observar o viés algorítmico em diversos sistemas de inteligência artificial no decorrer de suas utilizações.

O COMPAS[5] é um mecanismo utilizado nos EUA para avaliar o risco de reincidência de membros do seu sistema prisional, o que permitiria a possibilidade de pagamento de fiança e até mesmo a redução do

5 "A Suprema Corte de Wisconsin discutiu, no caso State v. Loomis, a utilização do sistema COMPAS – algoritmo para análise de risco dos acusados –, tendo entendido que o uso de tal sistema não violava o direito do acusado ao devido processo, apesar da metodologia utilizada para o cálculo do índice ser indecifrável para os juízes e para o réu." NUNES, Dierle; MARQUES, C. P. Ana Luiza. *Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os ricos de atribuição de função decisória às máquinas*. Revista dos Tribunais Online, 2018, p. 9.

tempo de reclusão daquele réu. Em uma pesquisa realizada pela ProPublica[6] observou-se que o sistema classifica acusados negros como pessoas com maior probabilidade de reincidência, somente por serem negros. Quando esse resultado, vinculante, é tendencioso, o resultado é um dano irreparável ao jurisdicionado, pela impossibilidade da fiança ou por sofrer com uma pena maior de reclusão, e social.

O viés algorítmico pode ser observado na existência de pontos cegos nos algoritmos pela escolha de dados fornecidos pelo programador ao sistema, permeada pela subjetividade do programador ou pela subjetividade requerida pelo comprador. Além da quantidade de dados fornecidos, até mesmo a qualidade dos dados poderá impactar no resultado das decisões, assim os vieses algorítmicos surgem quando a inteligência artificial reflete o viés de cognição implícito, mas presente na própria programação. Parece que entramos em um debate parecido com a neutralidade versus a imparcialidade do juiz, não é mesmo? Mas aqui, como a imparcialidade do juiz, o viés de cognição por si só pode gerar um prejuízo, mas aliado à falta de transparência ou motivação daquela decisão, este prejuízo é majorado.

O avanço da inteligência artificial de forma descentralizada no Judiciário resulta em um universo descoordenados de algoritmos, diante disso o Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS) elaborou em parceria com um grupo internacional de pesquisadores da escola de administração pública internacional na Universidade Columbia (SIPA) sob supervisão do professor André Corrêa D'Almeida uma estrutura de governança colaborativa para integrar estrategicamente todas as iniciativas de IA no Poder Judiciário brasileiro com três objetivos, sendo eles (i) a criação de um panorama para mapear e categorizar as diversas ferramentas de inteligência artificial já desenvolvidas pelo Poder Judiciário Brasileiro, incluindo um estudo comparativo e um modelo de integração e padronização; (ii) o desenho de uma estrutura de governança colaborativa que permita ao judiciário atingir maior cooperação e colaboração; e que funcione de forma compatível com o Processo Judicial Eletrônico (PJe) e suas ferramentas acessórias; (iii) a condução de uma análise dos princípios, processos, incentivos e regulações internas que governam a operação do laboratório de inovação para o PJe, incluindo uma proposta para aperfeiçoamento e expansão dos modelos atuais de administração, de acordo com as melhores práticas internacionais.

6 A ProPublica é uma corporação sem fins lucrativos com sede em Nova York, considera-se uma redação independente que produz jornalismo investigativo e de interesse público. How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm. Disponível em: https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas- recidivism-algorithm.

O estudo supracitado resultou em uma lista de estratégias e recomendações a serem implementadas pelo Conselho Nacional de Justiça, administrador de 92 tribunais nacionais, de acordo com a sua capacidade e desenvolvimento. São elas[7]:

1) Estabelecimento de uma Agenda;

2) Ferramentas de Avaliação e Mapeamento de IA;

3) Integração do atual Sistema Judiciário;

4) Aumentar a colaboração entre os tribunais;

5) Fortalecimento da estrutura do INOVA PJe;

6) Facilitação da participação segura do Setor privado;

7) Monitoramento e Avaliação de Ferramentas e Políticas.

Como pode ser observado em muito se fala sobre uma integração com o sistema de Processo Judicial Eletrônico (PJe) já que foi um das experiencias tecnológicas bem- sucedidas implementada pelo Poder Judiciário que permite que as principais ações dentro de um processo judicial sejam feitas de forma remota e digital. A realização dos atos de forma digital pelo PJe, gera ainda, uma relevante base de dados capaz de aprimorar a gestão e fomentar cada vez mais a inovação dos setores público e privado, auxiliando no desenvolvimento da Inteligência Artificial.

Ainda assim muitos tribunais não adotaram o sistema eletrônico de processamento PJe, utilizam de outros sistemas eletrônicos para processamento de demandas, o que pode acarretar uma falta de diálogo sobre o desenvolvimento dos softwares de IA. Essa é uma das preocupações do CNJ e foi pensada dentro das estratégias 3, 4 e 7 a serem observadas pelo Conselho e pelos demais tribunais, fomentando a implementação do PJe, ou se não, uma maior troca de informações e conhecimento entre os tribunais e o CNJ ainda que no uso de outro sistema de processamento eletrônico.

Uma das recomendações para a Governança da IA no Judiciário Brasileiro no estudo do SIPA e ITS é a supervisão humana pois à medida que o sistema de inteligência artificial e seus algorítmicos de conhecimento da máquina se tornam mais complexos podem demonstrar vieses

7 Todas as recomendações foram transcritas do documento "O FUTURO DA IA NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO" disponível em: < https://itsrio.org/pt/artigos/o-futuro-da-ia-no-judiciario- brasileiro/> 2020, páginas 4-6.

cognitivos replicados pela máquina como já mencionado acima no estudo. Desta forma, é preciso que todo sistema de IA permita a intervenção humana para preservação dos direitos humanos, da lei, dos princípios democráticos que nos são tão caros, este também é o entendimento sedimentado pela OCDE na Recomendação sobre Inteligência Artificial (IA)[8] que o Brasil aderiu como não membro.

Ainda que se fale em regulação, Fabrício Polido (2020, p. 232), nos oferece um panorama acerca das dificuldades em regular a IA:

> Os conflitos de concepção existentes entre regular IA não se encontram apenas em questões conceituais e normativas. A prospecção científica e acadêmica em torno dos sistemas autônomos e inteligentes, e suas aplicações para a vida humana, saúde, meio ambiente, e mesmo entre as novas e futuras tecnologias em marcha na indústria 4.0 (Big Data, computação em nuvem, IA, aprendizagem de máquina e Internet das Coisas) tem sido uma preocupação transversal de análise, de tomada de decisões por atores estatais e não estatais. Nesse sentido, a relevância para o direito internacional é igualmente inquestionável, sobretudo no que concerne a processos legais transnacionais. Eles compreendem não apenas formas de relacionamento e escolhas de regulação normativa em nível global, regional e doméstico. Capturam, igualmente, as complexas interações entre políticas, programas e ações promovidos e compartilhados por aqueles atores no grande jogo das tecnologias, da informação e do conhecimento. instituições, formas de relacionamento, escolhas de regulação, interdependência e fertilização cruzada entre regimes normativos caracterizam a própria 'governança global da inteligência artificial'

Como se sabe, atualmente, o Brasil ainda não tem sistema de inteligência artificial decisório, tendo apenas sistemas que recomendam decisões, como é o caso do Victor, utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, assim há uma supervisão humana, pois a aderência ou não ao modelo decisório é de escolha do juiz do caso. Acredito que essa prática de recomendação acarreta uma supervisão humana necessária em todos os casos e então é mais segura aos jurisdicionados sendo, portanto, a melhor indicação de uso do mecanismo de inteligência artificial para decisões no Poder Judiciário.

8 "Recommendation of the Council on Artificial Intelligence" OECD, 2019. Disponivel em: < https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL- 0449#:~:text=The%20OECD%20Council%20adopted%20the,on%2022%2D23%20May%20 2019.&text=The%20OECD%20Recommendation%20on%20AI,governments%20 in%20their%20implementation%2 0efforts.>

4. CONCLUSÃO

Resta claro que o uso da tecnologia de inteligência artificial pelo Poder Judiciário brasileiro já é uma realidade e que provavelmente seguirá a outros patamares nos próximos anos, quando até mesmo a utilização de softwares decisórios poderá ser uma realidade. A análise sobre os impactos das inovações tecnológicas no acesso à justiça, permitirá outro importante desafio que nos será posto: as consequências que isso poderá acarretar aos jurisdicionados, a partir de estudos comparados, uma vez que não há transparência sobre o processo de aprendizagem da máquina (*deep learning*[9] ou *machine learning*[10]) para se chegar à decisão ou resultado a partir da modelagem preditiva.

A dificuldade de se obter uma transparência tecnológica para evitar ou entender os vieses algorítmicos é um dos problemas mais sensíveis, e por isso, a garantia da transparência[11] já é um dos princípios observados pela Carta Ética Europeia da Comissão Europeia para Eficiência da Justiça (CEPEJ) desde 2018, acerca do uso da inteligência artificial (IA) nos sistemas judiciais.

Além deste princípio, a Carta Ética Europeia também aponta a necessidade da observância do princípio da não discriminação, já que algumas operações algorítmicas podem revelar tendência discriminatória, agregando ou classificando dados relativos a pessoas ou grupos de

9 "Deep learning is a subset of machine learning in which the tasks are broken down and distributed onto machine learning algorithms that are organized in consecutive layers. Each layer builds up on the output from the previous layer. Together the layers constitute an artificial neural network that mimics the distributed approach to problem-solving carried out by neurons in a human brain". Disponível em: http://webfoundation.org/docs/2017/07/AI_Report_WF.pdf. World Wide Web Foundation, 2017, p.5, apud MAGRANI, Eduardo. *entre dados e robôs*. Porto Alegre: Arquipelógo Editora, 2019, p. 211, nota de rodapé 546.

10 "Machine Learning is a subset of artificial intelligence, in which machines learn how to complete a certain task without being explicitly programmed to do so." Disponível em: http://webfoundation.org/docs/2017/07/AI_Report_WF.pdf. World Wide Web Foundation, 2017, p.5.

11 "The **principle of transparency** of the methodologies and techniques used in the processing of judicial decisions is also of great importance. The emphasis here is on the accessibility and understanding of data processing techniques, as well as on the possibility for authorities or independent experts to carry out external audits. A certification system, to be renewed regularly, is also encouraged." CEPEJ, *The CEPEJ European Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment.* COE, 2018.

pessoas, devendo os atores públicos e privados garantir que os sistemas de inteligência artificial não reproduzam ou agravem essa discriminação. A existência desse princípio norteador é de suma importância, especialmente diante do fato de que já existem softwares em que essa tendência discriminatória é investigada, causando irreparáveis danos sociais, a exemplo do *case* COMPAS nos Estados Unidos.

No presente estudo, logramos observar que o uso da inteligência artificial pelo Poder Judiciário trará maior celeridade aos processos, ajudando a efetivar a duração razoável do processo no Brasil. Entretanto, a expansão desse uso poderá acarretar o desenvolvimento de softwares decisórios, o que, observando a experiência internacional na questão, pode resultar em riscos à efetividade do acesso à justiça, por determinados fatores sociais, como a exclusão digital e o viés cognitivo replicado pela máquina que pode causar injustiças aos jurisdicionados, sendo importante pesquisar maneiras de minimizar as possíveis consequências negativas dessa expansão.

O Brasil aderiu em 2019 na condição de pais não-membro à Recomendação sobre Inteligência Artificial (IA)[12] da OCDE elencando princípios-chave para a preservação responsável de IA sendo eles, o crescimento inclusivo, o desenvolvimento sustentável e bem-estar, valores centrados no ser humano e equidade, transparência e capacidade de justificação, robustez, segurança e proteção, e prestação de contas/responsabilização. Essa recomendação observa a transparência como uma necessidade a ser observada no desenvolvimento de mecanismos de IA para que se promova uma compreensão geral dos sistemas, para que as partes saibam o quanto estão interagindo com eles e sobretudo, para permitir que aqueles afetados por estes sistemas possam compreender o resultado e desafiá-lo com base em informações simples e de fácil compreensão de acordo com os fatores que serviram de base para a previsão, recomendação ou decisão.

Essa recomendação da OCDE é de suma importância uma vez que se devidamente observada para o desenvolvimento da inteligência artificial no Poder Judiciário poderá afastar uma parcela do risco ao acesso à justiça dos jurisdicionados, já que poderão compreender o sistema de IA e indagar os resultados trazidos por ela. Claro que também deve ser observada a exclusão digital e o atraso no desenvolvimento de uma infraestrutura tecnológica.

12 "Recommendation of the Council on Artificial Intelligence" OECD, 2019. Disponivel em: < https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL- 0449#:~:text=The%20OECD%20Council%20adopted%20the,on%2022%2D23%20May%20 2019.&text=The%20OECD%20Recommendation%20on%20AI,governments%20 in%20their%20implementation%2 0efforts.>

Devendo fomentar a infraestrutura tecnológica a fim de desenvolver sistemas de TI para obtenção de um sistema integrado de dados para captar dados de diferentes fontes e com diferentes formatos e semânticas com o devido tratamento e unificação para que se empondere a habilidade de funcionamento de ferramentas de IA e afaste a possibilidade do viés algorítmico.

Entretanto, o Conselho Nacional de Justiça poderá sanar grande parte desses riscos e desenvolver de forma ética o uso da inteligência artificial pelo Poder Judiciário brasileiro se observar todas as recomendações trazidas pelo SIPA e ITS no documento "o futuro da IA no sistema judiciário brasileiro" afim de integrar e padronizar os sistemas já criados pelos tribunais com uma estrutura de governança colaborativa de maneira compatível ao PJe e atento as melhores práticas internacionais para aperfeiçoar e expandir os modelos atuais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima F. P. G. Revolução 4.0 no poder judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, p. 65-76, novembro 2019. ISSN 2177- 8337. Disponível em: <http://177.223.208.8/index.php/revistasjrj/article/view/256>. Acesso em: 3 junho 2020.

CEPEJ. The CEPEJ European Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment. *COE,* 2018. Disponível em: <https://rm.coe.int/presentation-note-en-for-publication-4-december-2018/16808f699d>. Acesso em: 2 junho 2020.

FOUNDATION, World Wibe Web. Artificial intelligence the road ahead in low and middle-income countries. *Web Foundation*, 2017. Disponível em: <https://webfoundation.org/docs/2017/07/AI_Report_WF.pdf>. Acesso em: 7 julho 2020.

MAGRANI, Eduardo. *The state of responsible IoT: Governance of internet of things and ethics of intelligent algorithms.* 2018. Disponível em: <http://eduardomagrani.com/the- state-of-responsible-iot-2/>. Acesso em: 08 maio 2020.

MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. 2ª edição. Porto Alegre: Arquipelógo editora , 2019.

NUNES, Dierle; MARQUES, P. C. Ana Luiza. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista dos Tribunais Online,* p. 421-447, novembro 2018. Disponível em: <http://www.academia.edu/download/57759867/RTDoc_13-11-2018_11_51_AM.pdf>. Acesso em: 9 junho 2020.

NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. Deslocar função estritamente decisória para máquinas é muito perigoso. *Conjur,* 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-22/opiniao-deslocar-funcao-decisoria-maquinas-perigoso>. Acesso em: 3 fevereiro 2020.

TED. *How I'm fighting bias in algorithms* - Joy Buolamwini. Youtube, 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UG_X_7g63rY&feature=youtu.be>. Acesso em: 15 agosto 2020.

SIPA; ITS. *O futuro da IA no Sistema Judiciário Brasileiro: mapeamento, integração e governança da IA*. 2020. Disponível em: https://itsrio.org/pt/artigos/o-futuro-da-ia-no- judiciario-brasileiro/ Acesso em: 18 de abril de 2021.

LEMOS, Ronaldo. *Brasil derrapa em inteligência artificial.* ITS, 2020. Disponível em: < https://itsrio.org/pt/artigos/brasil-derrapa-em-inteligencia-artificial/> Acesso em 18 de abril de 2021.

OECD. Recommendation of the Council on Artificial Intelligence. OECD, 2019. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449#:~:text=The%20OECD%20Council%20adopted%20the,on%2022%2D23%20May%202019.&text=The%20OECD%20Recommendation%20on%20AI,governments%20in%20their%20i mplementation%20efforts.> Acesso em 18 de abril de 2021.

POLIDO, Fabrício Pasquot. Inteligência artificial entre estratégias nacionais e a corrida regulatória global: rotas analíticas para uma releitura internacionalista e comparada. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 76, pp. 229-256, jan/jun.2020.

OS 10 ANOS DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL: O QUE MUDOU?

FONTES, Raquel[1]
PAUMGARTTEN, Michele[2]

1 Discente em Direito pela Faculdade IBMEC. Vinculada ao SOCEDIR. <raquelsantos527@gmail.com>

2 Doutora em Processo Civil pela UERJ, sanduíche na Università degli Studi di Firenze com financiamento CAPES. Professora de Direito Processual Civil no IBMEC/RJ.

RESUMO

Este artigo analisa o desenvolvimento da aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos desde a implementação da Resolução 125 do CNJ em 2010, no desafio de viabilizar um tribunal multiportas para resolver conflitos com maior eficiência em meio aos obstáculos impostos pela realidade socioeconômica brasileira. A pesquisa tem como objetivo principal investigar se houve redução do quantitativo processual e se o deslocamento do centro resolutivo dos conflitos para as partes envolvidas na controvérsia, tornando-as protagonistas da resolução dos seus problemas, representa uma solução qualificada do conflito. A conclusão apresentada é resultado da análise da utilização da conciliação e da mediação em projetos de resolução de conflitos por alguns tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Autocomposição. Tribunais. Conflitos. Eficiência.

1. INTRODUÇÃO

A declaração universal dos Direitos Humanos traz em seu décimo artigo, a preocupação com a necessidade do acesso à justiça para a garantia dos direitos dos indivíduos. Acrescente-se também, que a efetivação do acesso à justiça corresponde a construção de uma sociedade cada vez mais livre e justa. A compreensão desta garantia como um direito humano gera a necessidade de investigação das possibilidades de seu exercício nos tribunais brasileiros.

O congestionamento dos tribunais nas últimas décadas, ocasiona morosidade na resolução dos conflitos gerando, muitas vezes, injustiça no caso concreto e a inobservância de um princípio tão necessário no contexto democrático. A partir disso e inspirado na experiência de outros países, o Brasil passou a incentivar a utilização de métodos autocompositivos nos tribunais com o pretexto de fomentar maior eficiência na resolução dos conflitos são submetidos ao Poder Judiciário.

A pesquisa foi desenvolvida a partir de uma metodologia teórica, com base na análise de dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicados em 2009 revelando a situação dos tribunais brasileiros quanto ao quantitativo processual, produtividade e congestionamento do judiciário. Esta base de dados serviu para a comparação com os números apresentados em 2020, considerando o maior estímulo ao uso da conciliação e da mediação nos tribunais. Além disso, foram analisadas informações divulgadas pelo Superior Tribunal Federal e Conselho Nacional de Justiça sobre a realização de ações que impactaram o desenvolvimento da autocomposição nos tribunais brasileiros e outros documentos produzidos sobre o tema.

A conclusão revelará o desenvolvimento da utilização dos métodos autocompositivos nos tribunais brasileiros na última década, atentando-se aos resultados gerados pela implementação institucionalizada da mediação e conciliação nos tribunais estimulado a partir da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, e o índice de adesão dos litigantes a essas ferramentas.

2. OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS

As ferramentas que compõem os métodos autocompositivos tem como objetivo fazer com que os próprios conflitantes, envolvidos no núcleo de disputa, possam resolver a controvérsia, sem violência, mediante ajuste de vontades, com ou sem o auxílio de um terceiro (PAUMGARTTEN, 2018, p. 445).

A ideia matriz é que a solução consensualmente obtida pelos sujeitos em conflito evite a procura pelo Poder Judiciário ou, se o processo estiver em curso, que se alcance maior pacificação, evitando o ensurdecedor ruído que se propaga entre as partes, não raramente. Insatisfeitas com o resultado contido nas decisões judiciais.

O legislador brasileiro privilegiou o princípio do acesso à justiça na Constituição Federal entre os direitos e garantias fundamentais, em seu Art. 5º, XXXV. A leitura deste artigo deve ser realizada de maneira ampla, embora em sua literalidade se apresente como um direito qualquer cidadão levar sua demanda ao poder judiciário, é necessária uma interpretação teleológica do dispositivo.

A ideia de que a justiça na ordem democrática não deve se esgotar no poder judiciário, é um fundamento que irradia nas relações estatais e entre particulares, buscando a conformidade com o que é de direito, ou seja, a satisfação dos interesses das partes envolvidas. E para tanto, há muitos conflitos que podem ser resolvidos sem a interferência estatal, pelos métodos autocompositivos, a partir da colocação dos interesses por meio de um acordo, como supracitado.

A autocomposição pode ser realizada através de alguns métodos, entre eles a mediação e a conciliação. Nos tribunais brasileiros são esses os métodos ofertados e que podem ser utilizados pelas partes, de modo público.

A mediação é um método consensual de resolução de conflitos, que tem como objetivo reestabelecer o canal de comunicação entre os sujeitos, adequado para resolver questões poli conflituosas ou administrar conflitos que os sujeitos estejam ligados por uma base relacional continuada (PAUMGARTTEN, 2018, p. 468). Viabilizado o diálogo, os próprios sujeitos buscarão uma solução para o conflito, sem a intervenção direta de um terceiro, que atuará como um facilitador.

A utilização da mediação permeia quatro objetivos: solução de problemas, prevenção de conflitos, inclusão social e paz social. A ideia principal não é a adequação de normas em um direito preexistente, mas sim, a criação de uma situação jurídica conveniente para as partes. (MARASCA, Elisângela Nedel. 2007). Nesse caso é vedada a transação de direitos indisponíveis, sendo possível apenas negociar sobre direitos disponíveis e sobre a parcela transacionável que decorre de direitos indisponíveis.

A solução conflito através da mediação visa a produção de um acordo, que pode ser homologado no poder judiciário ou não; se o acordo versar sobre direitos indisponíveis transacionáveis, a lei da mediação ordena que o acordo além da homologação judicial, a oitiva do Ministério Público.

Esta determinação legal é importante para que se fiscalize se os limites do que seria negociável foi observada pelos transatores.

O acordo firmado é um negócio jurídico que deverá preencher os requisitos legais de existência, validade e eficácia comuns a qualquer ato jurídico (CALMON, 2013, p. 54), baseado na manifestação de vontade das partes, criando, extinguindo ou modificando direitos.

Importante observar que a celebração de um acordo não representa que a mediação tenha sido bem-sucedida, pois mediar não significa o mesmo para todos. O procedimento que será adotado dependerá da matéria que será mediada, da formação técnica do mediador e da sua escola de formação, não havendo, portanto, um modelo definitivo (PAUMGARTTEN, 2018, 474). A escola transformativa, por exemplo, sedia a qualidade central da mediação no aspecto relacional, sendo o objetivo principal, a transformação das pessoas, o redimensionamento dos efeitos da conflituosidade, partindo da premissa de que os conflitos nunca desaparecem por completo, mas necessitam de gerenciamento para que permaneçam sob controle (WARAT, 2001, pp. 31-80-87). Por outro lado, a escola de Harvard critica a mediação transformativa, por entender que o mediador assumiria um papel muito passivo, sendo útil apenas nos casos em que há a preocupação em manter as relações continuadas entre os conflitantes. O modelo desenvolvido por esta escola é fundamentado em forte componente negocial, sendo seu foco principal, o desempenho da comunicação para a celebração de um acordo, deixando o conteúdo relacional em segundo plano (PAUMGARTTEN,2018, p. 472).

Na conciliação, a atuação do terceiro, poderá ser mais ativa, propondo soluções. A ideia não compreende a resolução do conflito preexistente que preenche o canal de comunicação entre as partes, mas sim a resolução de um problema pontual, normalmente de fundo patrimonial, consensualmente. Desse modo, a utilização da conciliação é recomendada quando não há uma relação extra aquela que gerou o conflito. (MARASCA, Elisângela Nedel, 2007)

3. A APLICAÇÃO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS AO REDOR DO MUNDO

O desenvolvimento dos *court-connected programs* e o nascimento de um conceito *multidoor courthouse* desenhando por Frank Sander durante a segunda Pound Conference em 1976 foi um divisor de águas na história das ADRs nos Estados Unidos, mas também o prenúncio de uma nova era na área da resolução dos conflitos, cujas ideias se expandiram durante a partir da década de oitenta para diversos países do mundo (PAUMGARTTEN, 2018, pp. 515-516).

Além dos Estados Unidos, outros países que pertencem à tradição jurídica *common law* (Austrália, Nova Zelândia e a província de Ontário no Canadá, por exemplo) instalaram programas de mediação em variadas áreas. Oscilando entre a sua obrigatoriedade ou voluntariedade, estes países vêm incrementando desde a década de setenta, a agenda de opções disponíveis para a resolução de conflitos interpessoais, sendo o Poder Judiciário, apenas uma destas opções dentro deste universo de possibilidades.

O movimento pela mediação na Europa teve início no fim da década de noventa a partir de algumas Diretivas editadas pela União Europeia, mas foi a Diretiva nº. 2008/52/CE que foi desencadeada uma verdadeira política de valorização da solução consensual de conflitos, obrigando cada estado-membro a inserir ou criar textos legais que contemplassem mecanismos de solução consensual dos conflitos (PAUMGARTTEN, 2019, p. 530).

Na América do Sul não há uma orientação supranacional como ocorre na União Europeia. Mesmo assim, vários países sul americanos, como é o caso do Brasil, Argentina, Peru, Colômbia, Chile, Uruguai, entre outros, possuem leis que regulamentam a mediação no âmbito judicial e extrajudicial. O que diferencia estes países de outros que utilizam a técnica com maior desenvoltura é a ausência de uma cultura negocial, o que se tornou um motivo determinante em prol da institucionalização da mediação (PAUMGARTTEN, 2018, p. 552).

Outro fator diferencial, é que estes programas normalmente são direcionados à população de baixa renda e os centros de mediação nestas comunidades funcionam, em situações, sob influência da cultura e dramas locais, refletindo normalmente os interesses de grupos que exercem o poder sobre tais locais (CRESPO, 2008, p. 109).

4. O DESENVOLVIMENTO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS NO CONTEXTO BRASILEIRO

Apesar de já conter previsões sobre a arbitragem no Código Civil de 1916, foi a lei arbitral publicada em 1996 que lançou luzes sobre a possibilidade de buscar a resolução de uma controvérsia fora dos Tribunais.

No entanto, essa mudança de rumos, que retirava do Estado o monopólio da privilegiada tarefa de resolvedor dos conflitos surgidos entre os seus cidadãos, agigantado e inepto, não foi tão simples. Acusada de ser inconstitucional, foi apenas em 2001, cinco anos após a vigência da lei arbitral, que a questão foi analisada pelo STF em um processo para homologação de sentença estrangeira (sentença arbitral estrangeira).

Na oportunidade, alguns ministros (Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves) entenderam que a lei da arbitragem seria um óbice ao acesso ao Poder Judiciário, e que, assim, violaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Por outro lado, o Pleno do STF decidiu homologar a sentença arbitral estrangeira e não declarou inconstitucional nenhum dispositivo da lei arbitral e que a convenção de uma cláusula compromissória não pressupõe violação ao princípio da inafastabilidade jurisdicional (PAUMGARTTEN, 2018, p.287)

Desde então, a utilização de métodos extrajudiciais passa a ganhar maior atenção e espaço nas discussões doutrinárias no Brasil. Lentamente, juristas passam a discutir as questões relativas à autocomposição. Ainda em 2001, o CJF (Conselho da Justiça Federal) reuniu alguns juristas para tratar discussões relativas ao tema no seminário "Mediação: um projeto inovador".

A constitucionalidade da lei da arbitragem (importante não esquecer, é um método heterocompositivo de resolução de conflitos), trouxe argumentação a favor da mediação. José Delgado, defendia a mediação como prática que até aquele momento já era presente no ordenamento jurídico brasileiro, através dos acordos firmados na justiça do trabalho e em outros meios como sindicatos, universidades, instituições religiosas entre outros. Destaca que a leitura do princípio da inafastabilidade de jurisdição deve ser lida de acordo com a hermenêutica jurídica e o espírito democrático da constituição, que para a efetivação deste deve ser pensada a solução de conflitos de modo amplo. (DELGADO, 2003)

Em 2006, o Poder Judiciário brasileiro deu os primeiros passos na implementação de métodos autocompositivos nos tribunais, através do "Movimento pela conciliação", lançado pela Ministra Ellen Gracie. Com o objetivo de transformar o ambiente judicial, promovendo um ambiente em que as partes priorizem a realização de acordos de modo mais célere, como uma forma mais eficiente de encerrar um processo judicial.

O Conselho Nacional de Justiça passou a desenvolver uma agenda com diversos eventos e mutirões para a promoção da conciliação, reuniu representantes dos tribunais de justiça de todo o país, realizou o treinamento de conciliadores, com o objetivo de integrar os tribunais no caminho da resolução pacífica dos conflitos e a partir disso chegar também aos juízos estabelecidos no interior das grandes cidades.

Naquele momento, a conciliação já era utilizada em cerca de 30% dos tribunais brasileiros, enquanto os países desenvolvidos apresentavam índices próximos a 70% de utilização da técnica. O Tribunal de Justiça do

Amapá foi o primeiro a criar uma vara de conciliação, atuava nas áreas cíveis e de família, obteve acordos homologados em 72% dos casos.

O Tribunal de Justiça de São Paulo também foi um dos pioneiros no desenvolvimento da autocomposição, através do programa "Expressinho", formado através de parceria com grandes empresas com alto índice de litígios, na expectativa de redução de ações por conflitos mais simples.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de interesses através da Resolução 125 que resultou na criação dos núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs), que funcionam como uma central em cada tribunal, responsável pela instalação e fiscalização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), onde funciona o serviço de triagem e realização das soluções de conflito de modo consensual.

A partir da daí o os métodos autocompositivos passaram a se desenvolver perante os tribunais brasileiros de modo unificado e institucional, com o objetivo de diminuir as ações processuais mais corriqueiras no judiciário, fazendo com que apenas as demandas mais complexas seguissem o procedimento tradicional.

Inicialmente, havia dúvidas sobre quem ocuparia as funções de conciliador/mediador nos tribunais. Muitos tribunais aderiram a um programa de contratação de voluntários, não preenchendo a vaga através de concurso com remuneração, tampouco oferecendo um curso de capacitação aos voluntários. Essa situação foi prejudicial ao desenvolvimento qualificado da resolução de conflitos, um dos fatores que trouxe desconfiança por parte dos litigantes quanto à utilização do método.

Apesar do assunto ser tratado na resolução 125 do CNJ, a lei da mediação publicada em 2015, normatizou de modo definitivo, os requisitos para o exercício do cargo de mediador e conciliador nos tribunais, condicionando a graduação em qualquer curso superior há pelo menos 2 anos e a realização de capacitação em mediação e conciliação reconhecido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) ou pelos tribunais.

Sobre a remuneração dos mediadores e conciliadores, o CNJ através da resolução nº 271/2018, fixou parâmetros de remuneração para mediadores e conciliadores judiciais. Esta disposição representou grande avanço na utilização da autocomposição, demonstrando a valorização desses profissionais. Ainda em 2018 , avançou ainda mais o incentivo ao uso de formas autocompositivas pelos tribunais brasileiros, como, por exemplo, a implementação do programa "Resolve".

O programa "Resolve" é voltado para aprimoramento das resoluções adequadas de conflitos e se desenvolve a partir de 4 pilares: i. o "resolve- poupança" incentiva a adesão ao acordo coletivo homologado pelo Supremo Tribunal Federal relativo aos planos econômicos: Bresser e Collor, ii. o "resolve-eletrônico" que é fomentador da utilização dos métodos consensuais por meio eletrônico; iii. o "resolve- previdenciário" com o objetivo de tratar as questões relativas à previdência em âmbito federal e estadual e iv. o "resolve- execução fiscal", com o objetivo de trazer maior celeridade aos processos de execução fiscal que representavam em 2017, 92% do congestionamento do Poder Judiciário.

Vale ressaltar, que os tribunais brasileiros desenvolveram a aplicação dos métodos autocompositivos nos últimos 20 anos de modo gradual, e cada vez mais buscou aprimorar sua aplicação em todos os níveis de justiça, de modo a reduzir a receita pública com o processo judicial e desafogar os tribunais.

5. OS RESULTADOS ALCANÇADOS A PARTIR DA APLICAÇÃO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS NA JUSTIÇA BRASILEIRA

A resolução 125 do CNJ tem o objetivo de institucionalizar a autocomposição em todos os órgãos da justiça brasileira.

De acordo com dados do CNJ, em 2009 ingressaram nos tribunais brasileiros da justiça estadual 18,7 milhões de ações, tramitavam 69,2 milhões de processos, e foram proferidas 17,2 milhões de sentenças. O tribunal que possuía o maior número de ações foi o tribunal estadual de São Paulo, seguido do tribunal estadual do Rio de Janeiro. Esses indicadores foram calculados somando os 1º e 2º graus, turmas recursais e juizados especiais.

É importante salientar que o ano de 2009 contou com um aumento de 20% no quantitativo processual em relação ao ano de 2008, um congestionamento de 73% e uma alta carga de trabalho para os juízes. Estima-se que no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a carga de trabalho era de 22 mil processos por juiz, o Tribunal de Justiça de São Paulo possuía 11 mil processos por juiz, os demais tribunais atendem ou estão abaixo da média nacional de aproximadamente 7 mil processos por juiz.

Em 2020, dado o desenvolvimento das políticas autocompositivas nos tribunais, foi elaborado método para auferir o desempenho e a efetividade da utilização da mediação e conciliação. É inegável o impacto do Código de Processo Civil de 2015, que prevendo a audiência de mediação e conciliação no art. 334, teria sido um dos responsáveis pelo aumento de 5,6% das audiências homologatórias de acordo.

Os índices de conciliação variam a depender do tribunal e da instância a ser analisada. O tribunal que mais realiza acordos é o Poder Judiciário trabalhista, que solucionou 24% dos casos por meio de conciliação. Na fase de conhecimento dos juizados especiais, o índice de conciliação foi de 20%, sendo de 23% na Justiça Estadual e de 12% na Justiça Federal. Na fase de cumprimento de sentença nos juizados especiais, os índices são menores e alcançam 21%. A 1ª instância representa 14% dos acordos homologados por conciliação e na 2ª instância os dados são irrisórios, sendo praticamente nulo, de acordo com dados apresentados pelo CNJ.

Embora seja possível observar, ano após ano, o aumento de CEJUCS nos tribunais dos Estados, demonstrando um maior desenvolvimento da mediação institucional, é nítido que os litigantes em sua maioria não estão aderindo às soluções alternativas de conflitos, representando até uma redução do índice geral de 2019 para 2020, de 12,5% para 9.5%.

Outrossim, comparado ao investimento do Poder Judiciário na autocomposição a adesão ainda é muito baixa demonstrando que os litigantes não têm conhecimento sobre a técnica ou confiança na solução dada através dos acordos realizados em audiência de conciliação ou mediação.

6. OS IMPACTOS DA IMPLANTAÇÃO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS NO ACESSO À JUSTIÇA

Originariamente, a aplicação dos métodos autocompositivos erige-se sobre três pilares fundamentais: i. a institucionalização dos mecanismos alternativos de solução de conflito; ii. a escolha do método adequado ao caso, através de uma seleção realizada por um indivíduo qualificado; e iii. a formação adequada do mediador ou conciliador que irá conduzir o caso. (MUNIZ; SILVA, 2018)

A população brasileira é caracterizada por possuir bolsões com severos índices de desigualdade social e ampla dificuldade na distribuição de renda, fazendo com que tais fatores sejam essenciais para a análise do desenvolvimento prático do modelo de tribunal multiportas no Brasil, posto que, as disparidades entre as realidades dos brasileiros impactam diretamente no acesso à informação, facilitando que as alternativas autocompositivas não sejam aplicadas a depender da natureza do conflito e sim da disponibilidade financeira das partes.

Os prejuízos causados pela extrema desigualdade não são os únicos empecilhos para um acesso à justiça efetivo, é possível que seja a maior dificuldade, e que, por essa razão, constitui objetivo fundamental da República.

As ações no sentido de implantação dos métodos autocompositivos devem, portanto, compreender as limitações da sociedade brasileira como um todo.

A institucionalização é o pressuposto inicial da implantação dos métodos autocompositivos nos tribunais. No contexto brasileiro, como descrito ao decorrer da pesquisa, a implantação ocorreu de modo gradual a partir de resoluções e iniciativas diversas do CNJ, ocorre que muitas vezes os instrumentos são utilizados de forma equivocada a fim de conter bolsões de litigiosidade.

A promoção de mutirões de conciliação, apesar de firmar acordos e resolver o problema numericamente, pode ocasionar muitas vezes um óbice ao acesso à justiça, uma vez que, não tem como auferir se a raiz do conflito estará resolvida. Os procedimentos autocompositivos demandam tratativas até a confecção do acordo, não sendo possíveis serem implantados de modo excessivamente célere, em larga escala. A aplicação dos métodos autocompositivos nesses moldes impactam diretamente no outro pressuposto de aplicação, a escolha do método adequado através da triagem.

O acesso à justiça deve compreender as possibilidades de ingresso em métodos judiciais e alternativos, todavia é necessário que abarque a produção de resultados individuais e socialmente justos. Para que o acesso à justiça seja de fato efetivo deve ser encarado as particularidades dos casos individualmente, as iniciativas de perfazer uma sociedade com acesso à justiça amplo e efetivo deve ser multidisciplinar. (MARASCA, Elisângela Nedel. 2007).

Além dos obstáculos supracitados, há uma barreira cultural de difícil transposição, o enraizamento da cultura litigiosa, uma perspectiva de confronto entre as partes. É preciso que a institucionalização dos métodos autocompositivos não seja pautada apenas nas instalações ou na disponibilidade de exercício de direitos através destes, mas sim numa transformação cultural que a população entenda como uma possível via para pleitear direitos.

7. CONCLUSÕES

A pesquisa colheu dados fornecidos pelo CNJ nos últimos anos e constatou um desenvolvimento substancial das políticas alternativas de soluções de conflitos no cenário brasileiro, a criação de núcleo de conciliação em todos os tribunais, com vários centros responsáveis pela realização das audiências, representando um aumento de mais de 50% nos últimos três anos.

Foram criados requisitos para a qualificação adequada do conciliador e mediador, ainda meios facilitadores para o acesso a conciliação, como: criação de programas, seminários, realização de conciliação por via online entre outros métodos. Ademais foram fixados parâmetros para remuneração dos conciliadores e mediadores judiciais, fortalecendo e trazendo maior credibilidade à utilização do método.

Inobstante os grandes investimentos destinados à seara autocompositiva nos últimos anos, foi observado que apesar de auxiliar substancialmente o Poder Judiciário, os métodos autocompositivos não tem representatividade quantitativa significativa no quadro processual dos últimos anos, demonstrando que, apesar do investimento do Conselho Nacional de Justiça, há fatores que impedem o alcance de uma parcela da população à ferramentas que podem ser mais adequadas para resolver de modo mais eficaz seus problemas.

Compreende-se que, apesar da disponibilidade, é necessário que haja promoção a adesão aos métodos, que o Estado invista em informação para conscientizar a população acerca da existência de meios mais que podem ser mais adequados e, portanto, mais eficazes para resolução das controvérsias. Observa-se que os investimentos do CNJ se concentras nos tribunais, mas não adianta ter todo um aparato funcional se boa parte da população desconfia e acaba optando pelo processo tradicional.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). CNJ em números. *Relatório anual de 2019*. Brasília, DF, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). CNJ em números. *Relatório anual de 2009*. Brasília, DF, 2020.

CRESPO, Mariana Hernadez. A systematic perspective of ADR in Latin America: enhancing the shadow of the law throught Citizen participation. *Cardozo Journal of conflict Resolution*, n. 91, pp. 90-125, 2008.

DALLA, Humberto. SPENGLER, Fabiana. *Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos.* Curitiba: Multideia, 2013.

DELGADO, José. *Constitucionalidade da mediação, mediação:* um projeto inovador. n 22. Brasília: CJF, 2003.

MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. O Modelo de Tribunal Multiportas Americano e o Sistema Brasileiro de Solução de Conflitos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, vol. esp., p. 288-311, dez. 2018.

RUIZ, Ivan Aparecido. *Princípio do Acesso à justiça.* 1ed. São Paulo: Enciclopédia da USP, 2018.

SPENGLER, Fabiana; BEDIN, Gilmar Antônio. *Acesso à justiça, direitos humanos e mediação*. Curitiba: Multideia, 2013.

WATANABE, Kazuo. *Modalidade de mediação, mediação: um projeto inovador*. n 22. Brasília: CJF, 2003.

CARVALHO, Jorge Morais. *A consagração legal da mediação em Portugal.* n 15. Coimbra: Julgar, 2011.

MARASCA, Elisângela Nedel. *Meios alternativos de resolução de conflitos como forma de acesso à justiça e efetivação da cidadania.* Rio Grande do Sul: Direito em debate, editora Unijuí, 2007.

MUNIZ, Débora Lidia Lobo. *Mediação de conflitos: novos paradigmas de acesso à justiça.* coordenadora: Luciane Moessa de Souza. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Novo Processo Civil Brasileiro*. Métodos adequados de resolução de conflitos. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, pp. 219-257. Belo Horizonte, 2018.

WARAT, Luis Aberto. *O ofício do mediador*. v.1. Florianópolis: Habitus, 2001.

A EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM FACE DO ACESSO À JUSTIÇA DOS INDIVÍDUOS HIPOSSUFICIENTES

SILVA, Phâmella Paula[1]
LIMA, Sabrina Pontes[2]
LIMA, Rafael José Abreu[3]

1 Graduação em andamento em Direito pela Universidade Federal Fluminense – campus de Volta Redonda. E-mail: phamellapaula@id.uff.br. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/5555909627256237.

2 Graduação em andamento em Direito pela Universidade Federal Fluminense – campus de Volta Redonda. E-mail: sabrinapontes2010@gmail.com. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8344084421569336

3 Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal Fluminense (PPGS/UFF). Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. E-mail: limarafael@id.uff.br. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/5318444141321838.

RESUMO

O objetivo do presente estudo foi analisar a relevância do Princípio da Igualdade para tornar mais efetivo o acesso à justiça aos hipossuficientes no Brasil. A partir disso, e por meio da inspeção de estudos bibliográficos, a discussão buscou demonstrar como o acesso à justiça dos hipossuficientes no Brasil tornou-se menos dissonante com a aplicação do Princípio da Igualdade enquanto norma fundamental segundo a Constituição Federal de 1988, bem como o Novo Código de Processo Civil, datado de 2015. No fim, com os resultados e discussão, foi possível compreender a importância desse princípio para diminuir a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições.

Palavras-chave: princípio da igualdade; justiça; hipossuficientes; Brasil.

1. INTRODUÇÃO

Dentre as mudanças trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105 de 16 de março de 2015, está a inserção do Princípio da Igualdade enquanto norma fundamental para o Processo Civil (Art. 7º e 8º). Este princípio, cuja matéria é posta em evidência também pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, determina no *caput* que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Por se tratar de um corolário da dignidade da pessoa humana, está intrinsecamente relacionado à inserção dos direitos fundamentais na seara positiva do direito.

Historicamente, países europeus e do norte da América iniciaram a discussão acerca da positivação dos direitos fundamentais muito antes do Brasil, posto que o cenário social à época na Europa e no norte da América irrompia em mudanças consideráveis, por meio de revoluções sociais; ao passo que no Brasil a luta da população estava em ter seus direitos básicos garantidos. Isto é, enquanto na América do Norte e em grande parte da Europa podiam pensar o direito individual e privado; bem como imaginar meios para que todas as pessoas tivessem acesso a este; no Brasil, ainda buscava-se direitos como a liberdade de expressão e a livre associação política; como exemplos. À vista disso, Horácio Wanderlei Rodrigues e Eduardo Lamy discorrem:

> Inicialmente, a dimensão originária dos direitos fundamentais estabeleceu-se por meio da positivação dos clássicos direitos à igualdade formal entre os seres humanos, à vida, à propriedade e à liberdade, oriundos da ideologia liberal burguesa amplamente reconhecidas pelas primeiras declarações, especialmente a Independência norte-americana e a Revolução Francesa (RODRIGUES; LAMY, 2019, p. 69).

Enquanto a Europa discorria academicamente a necessidade de inserir direitos fundamentais no cenário positivo do direito, o Brasil caminhava lentamente para iniciar o desenvolvimento de um campo jurídico próprio, sem depender da legislação portuguesa. Dessa maneira, o acesso à justiça de forma igualitária era pouco pensado em uma sociedade baseada nas necessidades de uma elite que não tinha perspectivas de justiça social. Apenas com o advento do Direito Moderno, cujo objetivo está em limitar o poder do forte contra o fraco, os juristas brasileiros iniciaram a discussão sobre acesso igualitário à justiça, visando o ideal de Estado Democrático de Direito. Assim, inseriu-se o Princípio da Igualdade visando o pleno acesso dos indivíduos frente ao aparato judiciário.

Todavia, percebeu-se que existem inúmeros entraves para o efetivo acesso à justiça; precipuamente no que tange os indivíduos hipossuficientes. Logo, é indispensável discorrer sobre as barreiras que impedem a eficácia cabal do Princípio da Igualdade para o Acesso à Justiça.

2. METODOLOGIA

Essa pesquisa faz uso do método indutivo, com auxílio de material bibliográfico acerca da inacessibilidade à justiça das pessoas hipossuficientes na realidade social brasileira. Sendo assim, o presente trabalho segue apresentando o tema e discutindo os resultados encontrados, abordando o conceito, as barreiras que bloqueiam o acesso ao Poder Judiciário para pessoas com baixo poder aquisitivo, e analisa como o Princípio da Igualdade pode se constituir um fator primordial de ampliação para o acesso à Justiça.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1. O Princípio da Igualdade:

O Princípio da Igualdade é carregado no bojo da Constituição Federal Brasileira de 1988, disposto em seu art. 5°, como um direito fundamental de cada indivíduo e como uma cláusula pétrea, direito que pode ser alterado do texto constitucional, porém essa alteração não pode abolir a disposição nela contida, e todas as demais leis devem sempre observá-lo. Até mesmo para a manutenção do Estado Democrático de Direito, que encontra nesse princípio um dos seus fundamentos.

> Art. 5º 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 (BRASIL, 1988, p. 04).

Partindo de um mesmo cerne, Francisco Campos assegura:

> A cláusula relativa à igualdade diante da lei vem em primeiro lugar, na lista dos direitos e garantias que a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País. Não foi por acaso ou arbitrariamente que o legislador constituinte iniciou com o direito à igualdade a enumeração dos direitos individuais. Dando-lhe o primeiro lugar na enumeração, quis significar expressivamente, embora de maneira tácita, que o princípio de igualdade

> rege todos os direitos em seguida a ele enumerados. É como se o art. 141 da Constituição estivesse assim redigido: A Constituição assegura com 'igualdade os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade (CAMPOS, 1947).

Doravante, Francisco Campos (1947) entende que em um regime liberal e democrático, o fenômeno da concorrência está para além de um ideal histórico, mais necessariamente, um ideal proveniente da convivência humana, da relação de sociedade pertinente a qualquer indivíduo. Sendo assim, esse fenômeno pressupõe ao Estado uma condição de extrema importância, que constitui no fato do mesmo não favorecer qualquer um dos concorrentes, devendo, assegurar a todos um tratamento plenamente igual, sem atribuir a qualquer um deles prioridades ou privilégios que possam colocar alguém em situação de vantagem em relação aos outros.

Ainda em sua visão, origina-se daí o significado do Princípio da Igualdade, utilizado no mundo moderno e assegurado pela lei. Com esse entendimento amplo à respeito do Princípio, os concorrentes estão cientes da impessoalidade que precisa o Estado dispor para com eles, sem poder intervir, salvo para manter entre os concorrentes as liberdades ou as vantagens a que cada um deles já tinha direito ou que venha a adquirir, mediante os processos normais da concorrência, tornando-se assim, mais diversificada a aplicabilidade do Princípio da Igualdade.

Rodrigues e Lammy (2019) conservam ao Princípio da Igualdade, uma ideia de "igual proporcional", em que "tratar com igualdade, é tratar desigualmente os desiguais", levando em consideração a relação do "forte e o fraco". Tal direito existe, porque um deles não teria possibilidades de alcançar uma solução para o problema que enfrenta, portanto, sua função é garantir o posicionamento para "fraco", por assim dizer, e com isso ter como resultado a justiça social.

3.2. O que é justiça?

Segundo Hoffe (2003), o conceito de justiça divide-se em sentido objetivo e subjetivo. O primeiro sentido, faz referência a "justeza do direito", em relação ao conteúdo propriamente dito. Já o segundo sentido, dotado de subjetividade humana, refere-se à honradez de uma pessoa.

No decorrer da história, vários conceitos foram formulados para explicar a origem da justiça. Em um primeiro momento, acreditava-se na justiça divina, algo que se transcendia ao campo semântico, explicado

apenas pela esfera divina, pelo sobrenatural aos olhos humanos. Consistia na divinização da justiça.

O conceito filosófico de justiça, foi pela primeira vez, elaborado na obra de Platão intitulada *República.* Tinha o objetivo de contrapor-se, em um primeiro momento, a ideia da moral aristocrática da honra compreendida em termos agonísticos. Consoante Hoffe, a ideia de Plantão sobre a justiça:

> [...] a justiça é um fenômeno secular. Ainda que ele a denomine ocasionalmente "divina", ele não se refere a uma obrigatoriedade de natureza religiosa. No lugar de origem divina aparece um elemento metafísico; o último fundamento de legitimação é a ideia do Bem. Por um lado, a ordem hierárquica da sociedade, conhecida do antigo Egito, é preservada. Mas ela não é mais encabeçada por um representante deus na terra. Melhor dizendo, ao ser humano impõe-se compromisso, assumindo ele a plena responsabilidade pela justiça, embora isso não valha para quaisquer pessoas nem para todas as pessoas (HOFFE, 2003, p. 22).

No mais, Hoffe (2003) afirma que a Justiça para Platão é ainda o princípio que rege todo o ordenamento jurídico, referindo-se a ordem social. E que ela, também zela pelo cumprimento adequado da função referente a cada parte da alma, levando em conta a ordem da mesma. Pelo fato de ter a função de ordenar as coisas, é considerada uma virtude.

Diferentemente do pensamento de Platão, Aristóteles, segundo entendimento de Hoffe (2003) compreende a justiça como uma virtude completa, chamada de justiça universal, denominado por ele virtude perfeita. Fazendo uma síntese da ideia, é você cumprir de modo voluntário, tudo o que a lei e os costumes determinam.

Para Amartya Sem, a justiça está relacionada com o modo que as pessoas vivem e a natureza das instituições.

> A justiça está fundamentalmente conectada ao modo como as pessoas vivem e não meramente à natureza das instituições que as cercam. Em contrapartida, muitas das teorias da justiça se concentram predominantemente em como estabelecer "instituições justas" e atribuem um papel acessório e secundário aos traços comportamentais (SEM, 2009, p. 09).

Quanto ao mais, todas as intuições tem como principal objeto a justiça. É difícil, teoricamente, separar a ideia de justiça do conceito de direito, destarte o senso comum confunde a corrente ideológica do Direito Positivo com a concepção de justiça. Caso, o direito e a justiça fossem diferenciados pelo Direito Positivo como elementos distintos, sem nenhuma correlação, pode-se concluir que a aplicabilidade dele nem sempre terá um aspecto de justiça, propriamente dito, justo.

3.3. Entraves para o acesso à justiça:

A partir de uma interpretação do livro "O Processo", de Franz Kafka, entende- se que o sistema judiciário de um país democrático é criticado precipuamente pelos desvios ocorridos no acesso à justiça, haja vista problemas como burocratização nos processos, que finda numa morosidade da prestação judicial; bem como interpretação fria da lei, que finda em uma não aplicação da justiça de forma plena. Todavia, com o advento do Estado Social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia (BARROSO, 2012). Dessa maneira, a desigualdade social torna- se relevante para o Direito, uma vez que esse se alinha à uma visão pós-positivista, e discussões sobre acesso à justiça, precipuamente dos hipossuficientes, se tornam mais recorrentes. Para tanto, discorre-se sobre a igualdade das partes diante do litígio, sendo algo indispensável para efetivação da imparcialidade. Quanto a isso, Cappelletti deixa claro:

> É de se ter em conta que, no moderno Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça não se resume ao direito de ser ouvido em juízo e de obter uma resposta qualquer do órgão jurisdicional. Por acesso à Justiça hoje se compreende o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico (CAPPELLETTI, 1988, p. 09).

Diante do exposto, é imperioso destacar que acesso à justiça é diferente de acesso ao judiciário; sendo o acesso à justiça algo muito mais amplo. Isto é, ter acesso à justiça vai além de ter direito de peticionar uma ação e esta ser apreciada por um juiz. Assim sendo, Cappelletti (1998) entende na teoria das Três Ondas que em uma sociedade que possui uma cultura de respeito ao próximo bastante arraigada, há um maior acesso à justiça, uma vez que os direitos do outro são tidos como relevantes. Logo, um dos entraves para o acesso pleno à justiça está na individualização exacerbada da cultura brasileira.

Posto isso, Cappelletti (1988) discorre sobre os problemas de acesso à justiça elencando quatro pontos que corroboram para tal cenário. O primeiro, diz respeito às custas judiciais, que, sendo elevadas, diminuem a possibilidade de pessoas com baixa renda fazerem uso pleno do poder judiciário como instrumento para a resolução dos seus conflitos. Custas processuais dizem respeito aos valores que são gastos pelo aparato judiciário nos serviços prestados. Além disso, há despesas como honorários advocatícios e outras ações necessárias para a resolução do conflito. Por serem muitas despesas e por estas não seguirem uma única tabela fixa em todos os estados, acabam sendo um empecilho para que pessoas pobres consigam acessar o primeiro passo para o direito ao acesso à justiça que é o acesso ao poder judiciário. Segundo uma pesquisa do CNJ- Conselho Nacional da Justiça (2010), curiosamente, é nos estados mais pobres que são cobradas custas mais altas. Tal realidade corrobora para as desigualdades sociais.

Em seguida, pontua a problemática da (in)aptidão para reconhecer direitos e deveres. No que tange esse obstáculo, pode-se entender que se uma sociedade tem uma cultura com maior dificuldade para reconhecer os direitos do próximo, a tendência é que esses direitos sejam mais violados. No mesmo liame, se o indivíduo não tem a aptidão para conhecer os próprios direitos, dificilmente compreenderá a violação desses direitos. No rol dos entraves não jurídicos, mas que ainda está intimamente ligado à necessidade de igualdade, está a inaptidão para reconhecer direitos e deveres. Esse aspecto deve-se tanto pela cultura individualista da sociedade brasileira, quanto pela falta de informação da população. Dessa maneira, consoante Watanabe, a efetiva igualdade supõe, antes de mais nada, um nivelamento cultural, através da informação e orientação, que permita o pleno conhecimento da existência de um direito (WATANABE, 1988). À vista disso, discorrem Eduardo Lamy e Wanderlei Rodrigues que:

> As pesquisas efetuadas no País sobre essa temática demonstram um nível de desinformação muito grande com relação à legislação vigente, sendo que muitas pessoas simplesmente desconhecem seus direitos mais elementares. Do mesmo modo, desconhecem por completo os instrumentos processuais existentes para garantir seus direitos (LAMY; RODRIGUES, 2019).

Dessa maneira, é evidente que a falta de orientação e instrução torna os indivíduos menos aptos a buscarem seus direitos e a reconhecer também os direitos dos outros. Os indivíduos hipossuficientes precipuamente, visto que a pobreza está intrinsecamente relacionada com déficits educacionais e

as escolas públicas falham em retratar temáticas essenciais como os direitos básicos dos indivíduos. Por essa lacuna não ser suprida, não enxergam no sistema judiciário o melhor caminho para solucionar seus conflitos.

O terceiro ponto acentua a ênfase no processualismo como um impedimento, posto que, o aparato judiciário foca-se muito nos ritos processuais e menos na materialidade do processo, o que torna o procedimento demorado; tendo como consequência a desistência da parte interessada na ação. O formalismo do rito processual e o fiel segmento do mesmo é responsável pela morosidade das prestações jurisdicionais, elevando o número de desistentes diante da ação. Isso ocorre tanto com pessoas que possuem renda elevada, quanto, e principalmente, com os indivíduos hipossuficientes que não possuem recursos financeiros e nem de tempo para esperar que seus direitos sejam correspondidos por meio da solução de um aparato judiciário que demora para atender suas demandas. Diante do exposto, é imperioso destacar que um dos maiores empecilhos para tornar o processualismo mais eficiente está nos pensamentos formalistas dos próprios operadores do direito, que firmam na necessidade de seguir os ritos do processo e esquecem de recorrer às inúmeras possibilidades que a hermenêutica jurídica oferta para que o direito tenha uma maior afinidade com o acesso à justiça.

Por fim, o ponto quatro na teoria de Cappelletti, (1998) é a explosão de litigiosidade na sociedade do consumo. É necessário ressaltar que o autor faz menção à sociedade do consumo de forma dicotômica às sociedades em que as pessoas necessitavam lutar pela garantia de direitos básicos. Por meio dessa alusão, deixa claro que a partir do momento que os direitos básicos já estavam garantidos, houve uma movimentação para que os direitos privados fossem tidos como importantes. Com isso, houve uma explosão de litigiosidade, visto que as pessoas passaram a se enxergar como sujeitos de direitos, e também a enxergar que seus bens e interesses individuais poderiam ser tutelados pelo poder judiciário. Logo, essa explosão de litigiosidade gerou um volume processual que o judiciário não estava preparado para resolver.

Todavia, Mauro Cappelletti (1998) não aponta apenas os problemas; sendo "cirúrgico" ao traçar soluções para esses entraves, sendo eles: I) Assistência judiciária; II) Representação dos direitos difusos e III) Acesso à representação em juízo. Com estas posições, corrobora o entendimento aqui exposto da necessidade de assistencialismo jurídico para os indivíduos hipossuficientes, não apenas no que concerne os direitos individuais, mas também os direitos coletivos.

3.4. Princípio da Igualdade e acesso à justiça das pessoas hipossuficientes no Brasil

A Constituição Federal de 1988, ao resguardar os direitos e deveres individuais, estabelece, no seu artigo 5°, que "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". Assim, considerado uma Cláusula Pétrea, o princípio da igualdade é eleito como um direito fundamental. No entanto, Gilmar Mendes esclarece o que ele define como uma pré-existência do princípio da igualdade:

> O direito já existia, passando apenas a ser mais bem explicitado. Nesse caso, a cláusula pétrea já o abrangia, ainda que implicitamente. É o que se deu, por exemplo, com o direito à prestação jurisdicional célere somado, como inciso LXXVIII, ao rol do art. 5º da Constituição, pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004. Esse direito já existia, como elemento necessário do direito de acesso à Justiça – que há de ser ágil para ser efetiva – e do princípio do devido processo legal, ambos assentados pelo constituinte originário (MENDES, 2014, p. 141).

Mesmo diante da pré-existência do ideal de acesso à justiça, a efetividade deste nunca foi plena. Entretanto, a inserção de princípios constitucionais, como a igualdade dos indivíduos diante do judiciário, que visa assegurar a efetividade deste acesso, evidencia a necessidade de ampliar os debates sobre os entraves de cunho social, cultural e jurídicos.

Segundo reportagem publicada no jornal El País, um levantamento do IBGE de 2019, apontou que cerca de 13,5 milhões de pessoas viviam em situação de extrema pobreza no Brasil (JIMÉNEZ, 2019). Essa população enfrenta dois entraves relevantes para o acesso pleno à justiça: a pobreza e a ausência de informação. A simples condição de pobreza coloca o indivíduo em litígio em desvantagem, uma vez que uma demanda judicial depreende gastos que essas pessoas não têm condições de arcar. Um dos motivos para tal, é a exigência da presença de um advogado em todo e qualquer processo segundo o art. 133 da Constituição Federal. Como os honorários advocatícios são elevados, pessoas carentes não têm condição de aderir a uma representação particular. Desse modo, recorrem às Defensorias Públicas enquanto mecanismos para diminuir a desigualdade.

Todavia, não são todas as localidades do país que possuem Defensorias Públicas; e Mesmo com a existência destas, é notório pelos dados do Relatório Anual do CNJ de 2020, que a demanda desses órgãos é maior do que é possível solucionar; além de ser extremamente burocrático o processo pelo qual a pessoa precisa passar para se inserir no sistema jurídico; colocando-o em desvantagem no decorrer do processo.

Concomitantemente, o advento da pandemia mundial, causada pelo Covid-19 contribuiu para precarização das condições de vida dos mais pobres, haja vista o aumento na taxa de desemprego, por exemplo. Nesse liame, entende-se, para fim de reparo, que igualdade é "dar tratamento isonômico às partes". Significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades (NERRY, 1999). A ideia desse conceito é fazer jus ao Princípio Constitucional da Isonomia, aplicado no Direito Processual Civil para estabelecer uma real paridade entre as partes, com propósito de receber tratamento idêntico, independente dos aspectos culturais, sociais e econômicos.

A democratização da justiça, na verdade, deve passar pela democratização do ensino e da cultura, e mesmo pela democratização da própria linguagem (MARINONI, 2001). Partindo dessa assertiva, é evidente que o contexto brasileiro não atinge a maioria destes pontos essenciais para um efetivo acesso à justiça, posto que o acesso à informação das camadas economicamente vulneráveis, precipuamente aos direitos que possuem enquanto cidadãos brasileiros, é deficitário devido ao sistema educacional público com problemas de evasão escolar e índices alarmantes de analfabetismo. Nesse ínterim, é necessário destacar que há poucos órgãos que atuam no atendimento dessa população, visando orientá-los acerca dos direitos que possuem. Essa realidade, atrelada à pobreza, torna o uso de termos técnicos diante da explanação de uma situação jurídica para um indivíduo que teve pouco acesso à informação, somente distancia essas pessoas da busca pela Justiça, pois corrobora para o extenso legado da elitização do Direito. Assim, observa-se que os entraves para o efetivo acesso à justiça são oriundos, precipuamente, das desigualdades social, econômica e cultural. Contudo, o sistema busca por meio de princípios fundados pelos direitos fundamentais, vindouros de ideais liberais, atribuir maior igualdade das partes diante do litígio, sendo uma função essencial para que o Estado seja de fato um Estado Democrático de Direito. No entanto, a igualdade exposta pelo Princípio da Igualdade, ainda que relevante para diminuir as disparidades, precisa de um caráter mais próximo do ideal material de igualdade, para atingir a paridade frente ao processo.

Em contraponto às Três Ondas de Mauro Cappelletti (1998) evidencia-se que o Direito Brasileiro buscou soluções semelhantes para os entraves do acesso à justiça, precipuamente observando as necessidades dos indivíduos hipossuficientes. Dentre essas soluções destaca-se a implementação da instituição que oferta representação jurídica aos indivíduos que não podem arcar com custas como os honorários advocatícios, que é a Defensoria Pública.

Visando que os indivíduos de baixa renda tenham condições de buscar no sistema judiciário a proteção de seus direitos, muito além da solução de controvérsias, surge juntamente com a necessidade de se discutir acesso à justiça e igualdade entre os cidadãos brasileiros. Essa preocupação em institucionalizar um serviço de assistência jurídica pública leva o Distrito Federal (então cidade do Rio de Janeiro) a, em 5 de maio de 1897, expedir um Decreto instituindo oficialmente o serviço de *Assistência Judiciária* (BORGE, 2010). Mais à frente, com ideais de liberdade, igualdade e fraternidade mais enraizados na sociedade, surge a Constituição Federal de 1988 que pontua no art. 134 a existência das Defensorias Públicas explanando que:

> A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-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)

Com objetivo de ofertar assistência jurídica aos indivíduos e à coletividade, tal instituição, em teoria, permite que todos os indivíduos encontrem igualdade frente ao litígio. Todavia, a existência de mais demandas do que o órgão é capaz de solucionar, bem como a parca existência de Defensorias Públicas no que tange a vasta extensão territorial brasileira tem por consequência um instrumento de acesso à justiça que não consegue atingir seus objetivos. Isso deve-se precisamente por ter mais funcionalidades do que é capaz de arcar, uma vez que assistência jurídica não diz respeito apenas à representação frente o processo, mas inúmeros outros atributos de orientação aos indivíduos. A própria expressão "acesso à justiça" é difícil de ser conceituada, pois é um termo vago, mas a sua ideia dirige-se a duas finalidades empregadas pelo sistema jurídico:

conceder às pessoas a possibilidade de reivindicar seus direitos e resolver seus litígios, sob a guarda do Estado, e produzir, em tese, resultados individuais e socialmente justos (CAPPELLETTI, 1988).

É a partir daí que o princípio da igualdade precisa se estabelecer, porque o acesso a esse sistema precisa ser igualmente acessível a todos. O Poder Judiciário, por parte de suas funções típicas e atípicas não pode conceder nenhum tipo de privilégio ou benefício à um em detrimento de outrem, dentro do sistema jurídico, colocando algumas pessoas em posição de vantagem em relação a outras; seus "concorrentes", por assim dizer. Sendo assim, em tese, deveria se proceder dessa maneira, contudo, a teoria aplicada na prática, perante a realidade social do Brasil, não costuma assim ocorrer, logo, existem aspectos sociais, como citado anteriormente, que promovem a desigualdade no momento da aplicabilidade da justiça, para aqueles que a ela recorrem. Assim, irão afirmar que essa igualdade é utópica, um elemento inalcançável entre as partes por conta das diferenças, que segundo ele não podem ser totalmente erradicadas (CAPPELLETTI, 1998).

O princípio da igualdade disposto no art. 5° da Constituição Federal Brasileira de 1988, tem como uma das suas funções apreciar duas vertentes, o acesso à justiça, de fato, e o acesso ao judiciário. Esse princípio, garante a todos os indivíduos que estão em território brasileiro, os seus devidos direitos, a fim de preservar a dignidade humana, instituído no texto constitucional como Direitos Fundamentais, no que diz respeito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Em via de regra, segundo tal princípio, cada pessoa deve gozar deles da mesma forma e medida, porém a desigualdade social impede a aplicação dessa ideia como uma ação justa, pois nem todas as pessoas partem do mesmo lugar, da mesma oportunidade de vida. Por isso, é necessário, para ser justo e manter ideal igualitário, tratar os iguais com igualdade, e os desiguais com desigualdade, para que todos fiquem no mesmo patamar. Ainda na mesma vertente, sob o viés do Estado, por meio de um parâmetro igualmente justo, é preciso que sejam resolvidos os litígios que surgem entre as partes, atribuindo a cada um o seu devido direito, por meio de uma ordem jurídica justa.

Por fim, ao falar de acesso ao judiciário, a segunda vertente, faz-se referência a possibilidade de acessar a própria jurisdição. Reporta-se às burocracias as quais uma pessoa precisa passar para dar início e continuidade no processo, depois do ato protocolar a petição inicial, e assim permanecer até o final do mesmo, de modo, que todos tenham o efetivo acesso à justiça.

4. CONCLUSÕES

Por meio dos resultados obtidos, é possível concluir que o Princípio da Igualdade é essencial para a efetivação do acesso à justiça aos hipossuficientes. Logo, esse princípio constrói um caminho que permite ao indivíduo contemplar o acesso à justiça, dentro de um conflito jurídico. Não obstante, aproxima as partes do Poder Judiciário. No entanto, esse princípio precisa ser empregado de modo subjetivo para que sua funcionalidade entre pessoas tenha uma real eficácia na sociedade brasileira. Com a finalidade de manter a isonomia e preservar o princípio da igualdade, faz-se necessário considerar os aspectos sociais, culturais e econômicos, e utilizar de meios simplificados, que visam desburocratizar e evitar o saturamento do sistema jurídico.

Trabalhar com medidas inclusivas, que visem reparar a desigualdade econômica entre as partes e possibilitar um maior acesso à informação, seriam atitudes essenciais para começar a tratar das falhas que ocorrem no sistema judiciário, provocados por fatos sociais exteriores ao seu espaço. Porque quando há um indivíduo, que precisa utilizar da via judiciária para resolver algum tipo de litígio, a falta de conhecimento prévio do órgão, e da sua funcionalidade, e o fato de não haver condições financeiras suficientes para suprir os custos processuais, o faz não querer iniciar um processo ou até mesmo continuar com a relação jurídica, tendo em vista, que a forma pública não é tão eficiente, fazendo com que o processo perdure por anos. Assim, outro ponto que se deve destacar, sendo primordial alavancar a necessidade de aproximar cada vez mais a relação do Direito Processual Civil, ao Direito Constitucional e as ciências sociais, posto que estes visam compreender o Direito além da perspectiva positiva, buscando sempre abrir espaço para um olhar mais subjetivista que busca entender o homem em sua complexidade e reportá- lo com todas as suas caracteres para dentro do âmbito jurisdicional.

Por fim, nota-se que a Defensoria Pública, enfrenta problemas quanto a sua capacidade postulatória de atender a todos, por causa da alta demanda, pelo seu serviço promovido por aqueles que não possuem capacidade onerosa para custear gastos advocatícios. Por isso, convém salientar a necessidade de efetivar a criação e instalação de mais órgãos como a Defensoria Pública; os Núcleos de Prática Jurídica disponibilizados pelas graduações de Direito; e advogados particulares custeados pelo Estado quando a Defensoria está indisponível; tendo em vista que, a administração da Justiça só é possível com a presença de advogados para atender tal demanda.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2020.

BORGE, Felipe Dezorzi**.** *Defensoria Pública: uma breve história***.** Publicado em abril de 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14699/defensoria-publica-uma-breve- historia >. Acesso em: 19 fev. 2020.

BRYCH, Fabio. O ideal de Justiça em Aristóteles. *Revista Âmbito Jurídico*. Publicado em 02 de janeiro de 2007. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista- 36/o-ideal-de-justica-em-aristoteles>. Acesso em: 16 mar. 2021.

CAMPOS, Francisco. *Parecer, de 19 de maio de 1947. RF, 116/396.* Disponível em: < https://www.conjur.com.br/dl/barreira_gilmar.pdf>. Acesso em: 25 de março de 2021. p. 31.

CAMPOS, Francisco. *Parecer, de 19 de maio de 1947. RF, 116/398.* Disponível em: < https://www.conjur.com.br/dl/barreira_gilmar.pdf >. Acesso em: 25 de março de 2021. p. 33.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHMATALIK, Conde Cristiane. Novos Rumos para o Acesso à Justiça e a assistência jurídica integral. *Revista Consultor Jurídico.* Publicação em 20 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-20/segunda-leitura-novos--rumos- acesso-justica-assistencia-juridica-integral>. Acesso em: 07 set. 2020.

CNJ. *Custas processuais penalizam os mais pobres.* Publicado em 18 de outubro de 2010, Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option= com_content & view= article & id=12330:custas-processuais-penalizam-os-mais-pobres & catid=1:notas & Itemid=675>. Acesso: 19 fev. 2020.

CNJ, *Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça.* Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB- V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2020.

HOFFE, Otfried. *O que é justiça?* (P. Naumann, Trad.). Porto Alegre, 2003.

JIMÉNEZ, Carla. *Extrema pobreza sobe e Brasil já soma 13,5 milhões de miseráveis.* Publicado em 06 de novembro de 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/06/politica/1573049315_913111.html>. Acesso em: 07 set. 2020.

KAFKA, Franz. *O processo.* São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

MARINONI, Guilherme. *Novas Ilhas do Processo Civil.* São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio. *Curso de direito constitucional.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JÚNIOR, Nélson**.** *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEVES, Ernesto. Como a Pandemia Amplia a Crise da Desigualdade Social no Brasil e no Mundo. *Revista Veja.* Publicado em 17 julho 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/como-a-pandemia-amplia-a-crise-da-de-sigualdade- social-no-brasil-e-no-mundo/>. Acesso em: 10 set. 2020.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria Geral do Processo.* Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

SEM, Amartya. *A Ideia de Justiça.* São Paulo: Schwarcz, 2009. p.9.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (cord.). *Participação e processo.* São Paulo: RT, 1988. p. 27.

AS FERRAMENTAS VIRTUAIS E O ACESSO À JUSTIÇA: ALGUMAS PONDERAÇÕES SOBRE OS DESAFIOS E OPORTUNIDADES A PARTIR DA INCIDÊNCIA DA COVID-19

LIMA, Marcelo M. C.[1]
ARAÚJO, Nicolle M.[2]

1 Pós-doutorando em Direito Constitucional-Econômico pela Università degli Studi quot;G.D'Annunzio" Chieti-Pescara em cooperação interinstitucional com a Università di Roma Tor Vergata. Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2016). Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa (2007).

2 Aluna de Direito no IBMEC-RJ. Graduada em Defesa e Gestão Estratégica Internacional pela UFRJ.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal iniciar a exploração dos desafios e oportunidades do acesso à justiça a partir do uso de ferramentas virtuais desenvolvidas no contexto da COVID-19, partindo da hipótese de que as ferramentas virtuais serão fundamentais para ampliar o acesso à justiça. Ressalta-se que este trabalho é produto de uma pesquisa que está em andamento acerca da aceleração causada pela pandemia da COVID-19 no processo de efetivação de ferramentas tecnológicas que visam tornar o processo judiciário como um todo e, especificamente o processo civil, mais eficiente, atualizado e dinâmico, bem como dar início ao levantamento dos desafios, benefícios, oportunidades e limitações que a efetivação de novas tecnologias apresenta para o acesso à justiça. Para tanto, foi adotada a metodologia de pesquisa de natureza qualitativa e exploratória com a utilização da ferramenta de revisão bibliográfica e análise de documentos (leis). Os resultados parciais observados são, de forma geral, positivos. Os desafios observados que devem ser estudados e superados. Conclui-se, que novos estudos são necessários para a obtenção de um resultado concreto.

Palavras-chave: Processo Civil; COVID-19; Ferramentas Virtuais.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é resultado de uma pesquisa que está em andamento acerca da aceleração causada pela pandemia da COVID-19 no processo de efetivação de ferramentas tecnológicas que visam tornar o processo judiciário como um todo e, especificamente o processo civil, mais eficiente, atualizado e dinâmico. Esse processo de efetivação já vinha ocorrendo paulatinamente, como pode observado a partir da existência de leis nesse sentido, como a Lei nº 11.419/06 que instituiu a informatização do processo. Com a aceleração da efetivação dessas tecnologias, compreender os efeitos dela resultantes, tanto positivos como negativos e até potenciais, passa a ser necessário em um Estado Democrático de Direito que tenha como objetivo garantir, de fato, o acesso à justiça a todos os seus jurisdicionados.

Como produto da sociedade, o Direito detém com esta uma relação simbiótica complexa, em virtude da natureza dinâmica e multifacetada do Direito, como pode ser observada através da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale (1910- 2006) que abordava, de forma sucinta que três elementos fundamentais podem ser delineados a partir da palavra Direito, a saber, como valor, ou seja, como intuição primordial; como norma ensejando a características de medida de concreção dos valores no plano da conduta social e também como fato, que deve ser entendido como condição de conduta e atuando como "base empírica da ligação intersubjetiva, coincidindo a análise histórica com a da realidade jurídica fenomenologicamente observada" (REALE, 1978, p. 510).

Trazendo a teoria para a realidade brasileira é possível inferir que o Direito enquanto valor emana da sociedade que, através do Poder Legislativo é normatizado e, finalmente observado como fato na atuação do Poder Judiciário no caso concreto. De forma mais detalhada, ensina Zamur Filho (2011, p. 10) que "o processo, em sentido amplo, é o instrumento que o Estado utiliza para obter o equilíbrio social e a coexistência pacífica das pessoas", onde o processo legislativo trata da elaboração da norma jurídica, da lei enquanto o processo administrativo lida com a execução dessa norma e o processo judicial se encarrega do controle de sua aplicação e composição a lide. Importante ressaltar, de pronto, é que, em que pese ser de fundamental importância o estudo dos processos legislativo e administrativo, o foco do presente trabalho será no processo judicial.

Processo esse que deve, sob pena de ser ineficaz e retrógrado, acompanhar as mudanças que ocorrem no seio da sociedade, em especial as oriundas das inovações tecnológicas. Nesse sentido, conforme Colovati e Bussab

(2018, p. 93) retratam, no séc. XX houve o desenvolvimento de tecnologias que facilitaram a comunicação como um todo o que acarreta direta ou indiretamente no aumento exponencial da magnitude do acesso à informação. Se antes demorava semanas para que uma notícia que ocorreu no Japão chegasse ao Brasil, hoje é possível saber com uma diferença de segundos.

Com todo esse desenvolvimento tecnológico, com o Judiciário não poderia ser diferente, afinal, como ensina Patricia Peck Pinheiro (2016, p. 563), a complexidade das relações sociais traz maior complexidade jurídica. Nesse sentido, embora de forma defasada em virtude das características continentais e econômicas do Brasil, é possível observar o contínuo esforço em manter o Poder Judiciário atualizado nas últimas décadas, como pela Lei nº 9.800/99 que trouxe a possibilidade de as partes utilizarem de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais.

Há também a Lei nº 11.419/06 dispõe sobre a informatização do processo judicial. Em verdade, conforme trata Zamur Filho (2011, p. 12) esse dispositivo normativo é fruto do terceiro ciclo de reformas do antigo CPC de 1973 que foi realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário em 2003 e refletem a tendência da época em pró do sincretismo processual onde havia especial interesse do legislador na obtenção, pela Jurisdição, de resultados sociais práticos. Para tanto, conforme o autor mostra, buscou-se inserir na lei os ideais de maior celeridade e de coercitividade às decisões judiciais. Com o advento da Lei n.º 13.105/15, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, diversas inovações foram adotadas e dentre as que cabem no escopo do presente trabalho, é importante observar as aberturas para a adoção de novas tecnologias, visando a agilidade do rito processual como dispõe, a título ilustrativo, o art. 236 e §3º do CPC 2015 onde o legislador admite "a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real." (grifo nosso).

Não há como titubear que essas medidas visam, observando os princípios da razoável duração do processo e da tutela satisfativa, como previsto no art. 4º do novo diploma processual, tornar mais eficiente a jurisdição estatal sem abrir mão do respeito aos ditames do devido processo, como o contraditório e a ampla defesa, conforme tratam os arts. 6º, 7º, 8º e 9º do mesmo diploma normativo. Como dito anteriormente, as inovações tecnológicas, em especial após a popularização da internet, permitiram à população em geral, o maior acesso as informações em tempos cada vez mais curtos e foi apresentado também o esforço estatal em adotar medidas e tecnologias que visam a maior celeridade do processo.

Remanesce ainda observar um aspecto basilar para o funcionamento do Poder Judiciário, que por ser inerte depende da iniciativa dos indivíduos, ou seja, da necessidade de garantir o acesso à Justiça. Conforme ensina Cappelletti e Garth (1978, p. 12) "o acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental e como o mais básico os direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos."

Em mesmo sentido, Pinho (2020, p. 62) ensina que "é imperioso que se reconheça o acesso à Justiça como princípio essencial ao funcionamento do Estado de direito." Visto que um Estado estruturado sob essa premissa deve garantir a isonomia substancial aos cidadãos na sua atuação como um todo, conforme inaugura o rol de direito e garantias fundamentais dispostos na da Constituição Federal, especificamente em seu art. 5º, caput. Ainda de acordo com o autor, "na função jurisdicional, esse dever de igualdade se expressa, precisamente, pela garantia de acesso à Justiça" (PINHO, 2020, p. 62). Conseguintemente, não há como tratar dos desafios e oportunidades oriundos da adoção de inovações tecnológicas no processo sem ter como premissa a observação das etapas expansão do acesso à Justiça, também chamadas de ondas renovatórias, adotando a nomenclatura de Cappelletti e Garth (1978).

Assim, como já tratado, o Poder Judiciário tem que acompanhar o desenvolvimento e a evolução da sociedade, adaptando-se as novas realidades "sob pena de incorrer-se em estagnação das funções" (COLOVATI e BUSSAB, 2018, p. 96). Em virtude da incidência de um Cisne Negro de proporções globais, que, conforme ensina Nassim Taleb (2015, p. 14), se trata de um acontecimento totalmente imprevisível que exerce um impacto extremo e que após o evento são desenvolvidas explicações para a sua ocorrência, tornando-a explicável e previsível, denominado COVID-19, surge um cenário único no séc. XXI onde a população mundial foi obrigada a se isolar e restringir a sua produção e funcionamento ao estritamente necessário para combater uma pandemia. Mesmo nesse cenário, a atividade jurisdicional não poderia ser interrompida, dessa forma, explorar as medidas tomadas, bem como as tecnologias adotadas pelo Poder Judiciário para garantir o acesso à Justiça apresenta-se com um estudo potencialmente frutífero.

Tendo em vista que, para delinear minimamente o futuro é necessário entender as mudanças que derivam de momentos "disruptivos" do presente. Nesse sentido, com a disrupção causada pela COVID-19, a internet tornou-se, de fato, a base do acesso à justiça e permitiu a criação de diversas inovações tecnológicas na forma de ferramentas virtuais que, por

sua vez, possibilitaram a continuidade das atividades do Judiciário, mesmo com os prédios dos Tribunais fechados, o que diferenciou o Brasil de uma série de países onde o acesso à justiça foi efetivamente interrompido.

Assim como ocorre com qualquer inovação tecnológica, surgem desafios e possibilidades e daí decorre a importância do presente estudo: dar início ao levantamento desses desdobramentos visando compreender a magnitude das mudanças que vão ocorrer no curto e no médio prazo. Não por menos, iniciar a exploração dos desafios e oportunidades do acesso à justiça a partir do uso de ferramentas virtuais desenvolvidas no contexto da COVID-19 é o objetivo principal do presente trabalho que conta, como objetivos auxiliares a reafirmação da necessidade de garantir o acesso à internet como derivação básica do acesso à justiça bem como investigar a magnitude dos desdobramentos das recentes inovações tecnológicas adotadas no cenário pandêmico. Para tanto, a pesquisa de natureza qualitativa e exploratória com a utilização da ferramenta de revisão bibliográfica e com análise de documentos (leis) foi a metodologia adotada.

O presente trabalho tem a pretensão de analisar o seu objeto de estudo partindo do pressuposto da notória formulação de ondas renovatórias de acesso à justiça de Cappelletti e Garth (1978), analisa-se as inovações tecnológicas adotadas para garantir o contínuo acesso à justiça na incidência de um Cisne Negro, conforme dispõe a teoria de Nassim Taleb (2015), que é a COVID-19 e assim, iniciar o levantamento das potencialidades positivas e negativas resultantes.

Assim, o presente trabalho está estruturado da seguinte forma: o primeiro capítulo irá apresentar as inovações tecnológicas apresentadas, usando como base as ondas renovatórias de Cappelletti e Garth (1978) bem como a complementação de Bernardes e Carneiro (2018), a respeito da quarta onda renovatória do acesso à Justiça, que abrange o acesso transacional à justiça. No segundo capítulo serão apresentados os desafios, oportunidades, benefícios e limitações observados e, por fim, a conclusão inferida.

2. TECNOLOGIA EM ONDAS: BENEFÍCIOS E OPORTUNIDADES

Um provérbio popular dita que "nas crises há também oportunidades"[3]. Numa breve análise filosófica da frase, oportunidades são observadas após crises haja vista que em momentos de crises o ser humano é obrigado a se adaptar, evoluir e aprender. O mesmo ocorreu com

3 O dito popular se baseia no fato do ideograma chinês de crise ser "危機" formado por parte do ideograma de risco ("危") e parte do ideograma de oportunidade ("機"). Embora não seja uma tradução perfeita, o ditado permanece

o judiciário durante a pandemia originada pela COVID-19. Adaptações foram necessárias, tecnologias desenvolvidas e aperfeiçoadas, o modo de operar o processo teve que ser alterado uma vez que as portas físicas dos tribunais estavam fechadas assim como momentos em que o *lockdown* e outras medidas restritivas eram adotadas.

Como já apresentado, o esforço do Judiciário em manter-se atualizado não é produto da pandemia, todavia, não há como negar que esta exigiu a aceleração desse processo e a adoção de novas tecnologias.

Nesse sentido tecnologias que eram previstas em casos de exceção, como a vídeo conferência viraram regra, todavia, o Judiciário brasileiro foi além, adotou o uso de aplicativos de mensagem instantânea como o *WhatsApp* para a comunicação dos atos processuais, inclusive intimações e citações[4], inclusive para realizar acordos judiciais[5].

Assim, observando que a lógica da primeira onda renovatória, de acordo com a Teoria de Cappelletti e Garth (1978) é garantir o acesso à Justiça aos hipossuficientes, tradicionalmente o exemplo apresentado é a criação da Defensoria Pública pela Lei n.º 1.060/1950, bem como a previsão de gratuidade de Justiça contida no artigo 5º inciso LXXIV, da Constituição Federal. No atual cenário o uso das tecnologias adotadas ocasionou uma diminuição drástica de custos diretos assim como os indiretos, por diminuir os gastos com transportes e estadia das testemunhas e dos advogados, por exemplo. A diminuição dos custos diretos e indiretos permite que uma parcela que antes era excluída, passe a ter acesso. Esse efeito é ainda mais sentido quando combinado ao fato de que a utilização das tecnologias aumentou a celeridade do andamento do processo e sua eficácia.

Em verdade, o uso de tecnologias cria a oportunidade para a celeridade processual no aspecto de trâmites burocráticos, o ambiente remoto permite o uso de plataformas que oferecem transcrições do que está sendo falado de forma simultânea, garantindo o entendimento de todos e diminuindo o risco de entendimentos errôneos, assim como a possibilidade de gravar as audiências o que permite aos envolvidos assisti-la novamente caso tenha dúvida ou não tenha certeza a respeito de eventual fato, prova ou testemunho apresentado, além de aumentar a eficácia das provas apresentadas.

Segundo dados do painel de produtividade do CNJ, criado justamente na pandemia, foram prolatados mais de 25 milhões de sentenças e acórdãos pelas cortes brasileiras, desde março de 2020 até fevereiro de

4 Para mais detalhes a respeito, ver Fernandes (2018) e Conselho Nacional de Justiça (2018).

5 Informação retirada de Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (2016).

2021[6]. A título de ilustração, segundo o Conselho Nacional de Justiça, no Tribunal Regional Federal da segunda Região (TRF2) o número de despachos e decisões liminares das duas instâncias foi 6,4% maior em 2020 quando comparado a 2019. O número de julgamentos de mérito também apresentou aumento de 3,9%. Conforme afirma o desembargador Messod Azulay, presidente em exercício do TRF2:

> É indiscutível que os recursos tecnológicos têm se mostrado de extrema valia para garantir a melhor acessibilidade aos serviços judiciais, sobretudo para os cidadãos hipossuficientes, que constituem a maior parcela dos usuários da Justiça Federal, principalmente por conta das ações previdenciárias. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021)

Já a terceira onda se trata da busca uma reforma interna do processo civil que deve ser caracterizada na efetividade da tutela jurisdicional prestada aos cidadãos dando ao conflito apresentado no caso concreto o melhor método de resolução de conflitos. De acordo com Cappelletti (2008b, p. 389-390) a terceira onda tem como objetivos não somente adotar procedimentos acessíveis que sejam mais simples, racionais, econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias, mas também promover um tipo de justiça baseada sobre a conciliação e mediação onde seja importante garantir a continuidade das relações entre indivíduos e grupos.

Fica evidente que foi no âmbito da terceira dimensão renovatória do acesso à justiça que os benefícios do uso da tecnologia se apresentam, além do mais óbvio que é permitir a continuação da atividade jurisdicional durante períodos onde é inviável e perigoso ir ao prédio físico do tribunal, que ultrapassa as questões ligadas à pandemia e podem abarcar outros contextos sociais onde o translado é perigoso, por exemplo, em virtude da violência do local de origem ou da periculosidade que o indivíduo impõe a sociedade, entre outros.

Pode-se citar também o uso de tecnologia e da audiência remota apresenta-se enseja no aumento da demanda para o tribunal "multiportas", que objetiva dar ao conflito apresentado no caso concreto o melhor método de resolução de conflitos, em virtude do maior controle do mediador e do conciliador que o ambiente remoto permite, obrigando as partes a se ouvirem no momento de fala de cada um, aumentando, em

6 Informação retirada de Conselho Nacional de Justiça (2021).

teoria e potencialmente[7], a efetividade de audiências de conciliação bem como as chances de uma solução amigável da disputa.

Inclusive por permitir ao juiz uma maior aproximação com partes e uma noção melhor da realidade que gerou caso concreto e podendo vir a resultar em uma decisão que resolva o caso de forma compreensível e eficaz e potencialmente reduzir as chances de recursos serem interpostos.

Em que pese a teoria de Cappelletti e Garth (1978) só apontem para três ondas renovatórias, não há como ignorar a potencialidade e os benefícios que o uso de ferramentas tecnológicas virtuais acabam por influir no acesso transacional à justiça que Bernardes e Carneiro (2018) definem como a quarta onda renovatória do acesso à Justiça.

Não é surpresa que, quando uma dispute ultrapassa o espoco jurisprudencial de um Estado, a burocracia envolvida, a obtenção de informações, documentos, apresentação de testemunhos, obtenção de análises, as traduções juramentadas, a busca por um intérprete, audiências, transportes, as diferenças culturais e todo o trâmite processual envolvido tendem a aumentar a complexidade, custas e o tempo do processo. Em um cenário pandêmico, onde os Estados efetivamente fecharam suas fronteiras, seria quase impossível um processo ter andamento, o que inclui a arbitragem e a mediação internacional.

Todavia, a tecnologia não só permite que os processos tenham andamentos como facilita consideravelmente e, em certa medida até aumenta a celeridade dos processos internacionais - seja na busca por informações oficiais entre governos, seja na obtenção do depoimento de testemunhas ou mesmo na realização de audiências virtuais, e diversas outras possibilidades – acaba por influir positivamente no acesso transnacional à justiça. Em que pese estar fora do escopo do presente trabalho cabe ressaltar que na arbitragem internacional a utilização de ferramentas tecnológicas foi observada como no geral positiva, conforme demonstra uma pesquisa feita pelos Professores Born, Day e Virjee sobre arbitragens feitas remotamente, foi observado que 80% dos pesquisados, o que inclui árbitros e advogados, estavam satisfeitos com o procedimento remoto.[8]

7 Diz-se em teoria e potencialmente por ser um tema que a academia brasileira ainda não enfrentou. Até a data da produção do presente trabalho, não foram encontradas pesquisas ou trabalhos acerca do aumento ou diminuição da efetividade da Audiência de Conciliação.

8 "Nonetheless, respondents were also asked about whether they would draw a distinction between oral submissions on legal issues and oral submissions on factual issues in comparing different types of hearings, and the vast majority (86%)

3. LIÇÕES DA COVID: NEM TUDO É UM MAR DE ROSAS

Como visto na seção anterior, a utilização da tecnologia foi necessária e fundamental para garantir que a atividade jurisdicional continuasse e, ao mesmo tempo, garantindo a segurança e a saúde de todos os envolvidos. Todavia, não se pode focar tão e somente nos benefícios e ignorar os aspectos negativos que o uso de tecnologia acarreta no processo civil.

Nesse sentido, considerando a natureza exploratória do presente trabalho, bem como o fato da pesquisa ainda estar em andamento, os resultados parciais encontrados foram divididos em quatro grupos: oportunidades, benefícios desafios e limitações. Os dois primeiros já tratados no tópico anterior, remanescendo os dois últimos a serem tratados.

a. Desafios

No que foi apurado dentre os desafios observou-se o garantir o acesso à internet em um país tão economicamente desigual como o Brasil, o que envolve o acesso a computadores ou, mesmo que de forma rudimentar, *smartphone*. Outro desafio é a consciência de que o acesso à internet, num mundo virtualizado, em especial onde o processo é virtual, passa a ser um direito fundamental. E, nesse cenário, educar profissionais da área de diferentes idades, em especial os de idade mais avançada, a utilizar essas ferramentas de forma eficiente e correta também representa um desafio que deve ser enfrentado.

Foi ainda observado a necessidade de garantir uma conexão de qualidade que permita um desenvolvimento adequado das audiências virtuais, bem como a necessidade de mais intervalos, uma vez que o nível de dificuldade em manter o foco e a atenção por longos períodos no ambiente virtual é amplificado.

Não se pode deixar de abordar os eventuais problemas técnicos que podem ocorrer, em virtude não só da instabilidade da conexão, mas também em relação à qualidade dos documentos apresentados, a garantia de acesso aos documentos e também a questões envolvendo a *cyber* segurança, nos processos que tramitam com segredo de justiça e ainda mais quando se trata de casos que são levados à arbitragem.

Há ainda o desafio de garantir que a testemunha não está sendo coagida ou sofrendo alguma influência externa em especial da audiência de instrução e julgamento, conforme explica a Dra. Maria Lúcia Lins Conceição (2020):

considered that there was none. For the minority that drew a distinction, their main point was that '[l]egal issues are more technical and less emotional.'"

> Quanto à audiência de instrução e julgamento, todavia, a situação é mais sensível. Especialmente porque a videoconferência passou a acontecer fora do juízo, na moradia ou escritório do depoente, o que pode comprometer a credibilidade da prova oral - as testemunhas, nas audiências virtuais, podem ter em mãos respostas preparadas ou estar sendo orientadas por terceiros -, bem como dificultar o contato das partes com seus advogados. (CONCEIÇÃO, 2020)

De fato, o ambiente remoto apresenta-se como uma "faca de dois gumes", em especial por permitir ao administrador da chamada de videoconferência, em geral o juiz, seu assistente ou o tribunal, maior controle sobre a audiência inclusive sendo possível, literalmente, tirar a voz de uma das partes, ao desligar o microfone do advogado o que invariavelmente atinge o direito fundamental ao contraditório[9].

b. Limitações

Por fim, cabe apresentar algumas limitações que o uso de tecnologias para realizar o processo civil online impõe. O primeiro a ser tratado é em relação a processos longos e complexos, conforme explica o Prof. Hamish Lal (2020, p.7)

> "[...] o benefício histórico das audiências presenciais permanecem, especialmente quando a audiência são longas e complexas envolvendo demonstrações e testemunhos complexos, detalhes técnicos ou questões relacionadas ao design e onde os valores em disputa são significantes" (tradução nossa)[10]

Sem falar que há ainda o forte prejuízo ao argumento *patos* da retórica, como retratado no sistema retórico criado por Aristóteles (apud REBOUL, 2004). Em outras palavras, as ferramentas virtuais como estão desenvolvidas atualmente dificultam a transmissão de sentimentos e a percepção a respeito das emoções que são objetivadas ao longo da argumentação o que pode prejudicar toda a articulação de uma das partes no processo a depender do nicho do Direito.

9 A título ilustrativo, v. Consultor Jurídico (2020).

10 Do original: "[...] the historic benefits of hearings in person remais, especially where the harings are long complex ones involving complex demonstrations exhibits, details technical/design issues and where the values in dispute are significant."

Por fim, outra limitação é a desumanização que o ambiente virtual proporciona.

Nas palavras de Antonio Fernando Pinheiro Pedro (s/ano),

> O indivíduo digitalmente absorto se desumaniza, torna-se intolerante e desorganiza sua cognição. O processo gera o paradoxo da alienação na integração. Passamos a ter diante de nós infinitas possibilidades de conhecimento e… no entanto, desconhecemos cada vez mais. Emocionalmente, geramos outro paradoxo com o "ensimesmamento" digital: perdemos nossa afetividade para com o próximo na medida em que nos tornamos extremamente sensíveis e intolerantes em rede.

Essa desumanização que o ambiente virtual favorece representa uma séria limitação quando utilizado no âmbito jurídico. O episódio mais recente que ilustra as consequências dessa desumanização é a audiência do caso da Mariana Ferrer[11], onde não só a problemática atuação do advogado de uma das partes, já seria o bastante pra ilustrar a limitação, mas o caso mostra também como o silêncio e permissividade tanto do juiz quanto do advogado da própria Mariana que a tudo assistiam impassíveis são formas de desumanização e violência.

4. METODOLOGIA

Quanto à finalidade, trata-se de uma pesquisa aplicada. Do ponto de vista dos objetivos, embora tenhamos apresentados aspectos descritivos, a pesquisa é fundamentalmente exploratória, sendo desenvolvida e articulada de maneira a privilegiar o método dialético. Foi utilizada uma abordagem qualitativa, sendo que os procedimentos metodológicos para coleta de dados e formação de fundamentos teórico-jurídicos foram as pesquisas doutrinárias e legislativa e pesquisa de campo.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo, como já afirmado, teve como objetivo iniciar a exploração do tema. De forma geral, os resultados parciais apontem para resultados positivos e benéficos para o processo, em suma, os benefícios observados foram: a diminuição de custos diretos e indiretos, o aumento da celeridade, eficiência e eficácia do processo tanto no âmbito nacional

11 Dentre diversas fontes, disponível em The Intercept Brasil (2020).

como no internacional, redução da burocracia necessária e de diligência, em especial no processo internacional e o ensejo ao tribunal multiportas. Em relação às possibilidades, observou-se a potencialidade de maior efetividade da mediação, bem como a maior possibilidade de proximidade do juiz com o caso, o que pode potencialmente levar a decisões mais compreensivas e efetivas que podem diminuir a demanda recursal.

Todavia, os desafios retratados devem ser observados com cautela, tais como o acesso à internet e a uma conexão estável; educação da população com mais idade para utilizar os recursos tecnológicos. Há ainda os desafios oriundos dos problemas técnicos bem como a *cyber* segurança, sem mencionar o fato do ambiente remoto ser mais exaustivo para os participantes, demandando diversos intervalos que pode prejudicar o andamento da audiência. Garantir a credibilidade da prova oral é também um desafio assim como a garantia do contraditório.

As limitações, por sua vez devem ser analisadas e tratadas mais aprofundadamente. No presente trabalho observou-se a limitação das audiências remotas no que tange a processos longos e complexos que envolvem diversos testemunhos técnicos de *experts* assim como a desumanização que o ambiente virtual favorece. Há ainda a dificuldade de transmitir as emoções, sentimentos e gerar empatia que prejudica a força de argumentos mais emotivos que são essenciais em determinados segmentos do direito.

Por fim, observa-se também a necessidade de novos estudos a respeito para que conclusões mais contundentes sejam obtidas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNARDES, Lívia Heringer Pervidor; CARNEIRO, Yandria Gaudio. *As ondas de acesso à justiça de Mauro Cappelletti e o acesso transacional à justiça.* Anais do III Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2018.

BORN, Gary; DAY, Anneliese & VIRJEE, Hafez. *Empirical Study of Experiences with Remote Hearings: A Survey of Users' Views.* 2020. Disponível em: https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-scherer-2020-ch07?q=virjee Acesso em: 10 abr. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

_. *Processo, ideologias e sociedade.* Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2008.

COLOVATI, Leticia Nascimbem; BUSSAB, Renata Carrara. *Processo civil virtual: entre a efetividade e a celeridade.* Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça| e-ISSN: 2525-9814 | Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 91 – 105 | Jan/Jun. 2018.

CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *As audiências por videoconferência: Haverá um "novo normal" pós-pandemia?* Migalhas. 12 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/331889/as-audiencias-por-videoconferencia-- havera-um--novo-normal--pos-pandemia. Acesso em: 14 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça Social: uso da tecnologia garantiu acesso ao Judiciário na pandemia.* 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/justica-social-uso-da-tecnologia-garantiu-acesso-ao-judiciario-na-pandemia/. Acesso em: 21 abr. 2021.

CONSULTOR JURÍDICO. *Juíza do RJ desliga microfone de advogado em videoaudiência.* 27/08/2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-ago- 27/juiza-rj-desliga-microfone-advogado-videoaudiencia. Acesso em: 21 abr. 2021.

FERNANDES, Wander. *WhatsApp pode ser usado para intimações judiciais:* 12 tribunais de Justiça já usam o WhatsApp para envio de intimações. Disponível em: https://advogado1965.jusbrasil.com.br/noticias/648544531/whatsapp-pode-ser-usado-para-intimacoes-judiciais#:~:text=%22O%20Conselho%20Nacional%20de%20Justi%C3%A7a,intima%C3%A7%C3%B5es%20em%20todo%20o%20Judici%C3%A1rio;%20https://www.cnj.jus.br/uso-de-whatsapp-para-intimacao-e-regulado-na-justica-federal-de-pe/. Acesso em: 21 abr. 2021.

LAL, Hamish. *Virtual hearings: inflammatory markers in favour of in-person hearings.* 2020. Disponível em: https://www.akingump.com/a/web/t81viPaXGbYu3M4HTWUwJq/2egxi9/cl-dec2020- guested.pdf. Acesso: 03/03/2021.

PINHEIRO, Patricia Peck**.** *Direito digital.* 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo.* – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica.* 2. ed. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

TALEB, Nassim *A lógica do cisne negro [recurso eletrônico]: o impacto do altamente improvável;* tradução de Marcelo Schild; revisão técnica Mário Pina. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Best Seller, 2015.

THE INTERCEPT_BRASIL. *Julgamento de influencer Mariana Ferrer termina com tese inédita de 'estupro culposo' e advogado humilhando jovem*. Imagens inéditas da audiência mostram defesa do réu usando fotos sensuais da jovem para questionar acusação de estupro. 03/11/2020. Disponível em: https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/. Acesso em: 21 abr. 2021.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO. *Justiça do Trabalho do Ceará realiza primeiro acordo via WhatsApp.* Disponível em: https://trt- 7.jusbrasil.com.br/noticias/404612560/justica-do-trabalho-do-ceara-realiza-primeiro- acordo-via-whatsapp. 2016. Acesso em: 21 abr. 2021.

ZAMUR FILHO, Jamil. *Processo Judicial Eletrônico: Alcance E Efetividade Sob A Égide Da Lei 11.419 De 19.12.2006.* Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo. 2011.

O MANDADO DE SEGURANÇA DE NÚMERO 370997 E A INTERVENÇÃO DO STF EM NOMEAÇÕES DO PODER EXECUTIVO: O CASO DA NOMEAÇÃO DE ALEXANDRE RAMAGEM RODRIGUES

LIMA, Marcelo Machado Costa[1]
SANTOS, Kerolin Bezerra dos[2]
PONTES, Maria Clara Dutra[3]

1 Marcelo Machado Costa Lima: pós-doutorando em Direito Constitucional-Econômico pela Università degli Studi "G.D 'Annunzio" Chieti-Pescara. Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor do PPGD UNESA/RJ. Professor do curso de Direito do Centro Universitário IBMEC-RJ e Universidade Estácio de Sá - RJ. E-mail: marcelomclima@gmail.com. Pesquisador do grupo de pesquisa A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimentos (SOCEDIR-IBMEC/RJ).

2 Kerolin Bezerra dos Santos: graduanda em Direito, IBMEC. E-mail: kerolinn05@gmail.com. Pesquisadora do grupo de pesquisa A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimentos (SOCEDIR-IBMEC/RJ).

3 Maria Clara Dutra Pontes: graduanda em Direito, IBMEC. E-mail: mariadutra21@icloud.com. Pesquisadora do grupo de pesquisa A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimentos (SOCEDIR-IBMEC/RJ).

RESUMO

O presente artigo visa realizar análise da decisão do ministro Alexandre de Moraes no Mandado de Segurança Coletivo 37097/2020, no qual se avalia possível cometimento de ato ilegal por parte do Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, ao realizar, no dia 27/04/2020, por via decretal, nomeação de Alexandre Ramagem para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal. Pretende-se analisar, diante das circunstâncias do caso, se há, ou não, legitimidade/competência por parte do Poder Judiciário - mais especificamente do Supremo Tribunal Federal – para suspender a eficácia do Decreto de nomeação. A questão em tela abrange discussões que envolvem ativismo judicial, judicialização da política, bem como os contornos organizativos de um Estado de Direito, mais propriamente no que se refere à divisão e equilíbrio entre poderes. O presente artigo foi realizado a partir de uma pesquisa qualitativa, com vieses descritivo e exploratório em que os procedimentos de base investigativa foram a pesquisa bibliográfica, a pesquisa documental (normas legais e constitucionais) e a pesquisa jurisprudencial.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Caso Alexandre Ramagem; Estado Democrático de Direito; Equilíbrio entre Poderes.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo consiste em analisar a possibilidade de impropria atuação pelo Poder Judiciário ao limitar desproporcionalmente o poder de decisão concedido (exclusivamente) ao Presidente da República pelo artigo 84, inciso XXV da Constituição Federal, possibilitando a criação de precedente gerador de desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos da República Federativa Brasileira.

O objeto de análise refere-se ao Mandado de Segurança 37.097/2020, da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que suspendeu a eficácia do referido Decreto (DOU de 28/4/2020, Seção 2, p. 1) cujo objeto relacionava-se com a nomeação de Alexandre Ramagem Rodrigues para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal.

No caso, o Mandado de Segurança teve como impetrante o Partido Democrático Trabalhista (PDT), sendo representado pelo advogado Marcos Aldenir Ferreira Rivas. No polo passivo da relação jurídica constou como autoridade coatora o Presidente da República, representado pela Advocacia-Geral da União.

Com isso, pretende-se analisar, diante das circunstâncias do caso, se há, ou não, legitimidade/competência por parte do Poder Judiciário - mais especificamente do Supremo Tribunal Federal – para suspender a eficácia do Decreto de nomeação. A questão em tela abrange discussões que envolvem ativismo judicial, judicialização da política, bem como os contornos organizativos de um Estado de Direito, mais propriamente no que se refere à divisão e equilíbrio entre poderes.

No Mandado de Segurança coletivo - remédio constitucional previsto no Art. 5º, LXX, "a"- em análise, impetrado pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), ou seja, por um partido político com representação no Congresso Nacional, sendo que com ele objetivava-se um exame de legalidade acerca do Decreto que nomeara Alexandre Ramagem.

Neste artigo, serão discutidas a partir do emblemático caso em referência, temas que o relacionam a assuntos como ativismo judicial, judicialização da política, invasão de competência entre poderes, divisão e harmonização de poderes, necessidade de autocontenção por parte do Poder Judiciário e, principalmente do Supremo Tribunal Federal.

2. A (I)LEGALIDADE/ (I)MORALIDADE DE ATO DISCRICIONÁRIO: OS FUNDAMENTOS DECISÓRIOS

A argumentação do ministro com vistas a suspender a eficácia do citado Decreto está relacionado às atribuições do Presidente da República e seus limites. Apesar da função presidencial no Brasil acumular a chefia de Estado, a chefia de governo, além da chefia da administração pública federal, ela apresenta certas limitações, que devem envolver os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade.

Ademais, para que haja um equilíbrio entre os poderes, embora seja ao Presidente atribuída competência legal para a livre nomeação de ministros, secretários e funcionários, há que se resguardar que, como foi explicitado pelo Ministro, no âmbito decisional, o fato de nos encontrarmos em um sistema republicano afastaria a possibilidade de exercício de "(...) poder absoluto ou ilimitado, porque seria a negativa do próprio Estado de Direito, que vincula a todos – inclusive os exercentes dos poderes estatais – à exigência de observância às normas constitucionais." (BRASIL, 2020a, p. 6).

Assim, a Constituição Federal, com o objetivo de zelar por tal equilíbrio entre os poderes, consagrou não apenas os princípios da Administração Pública e as funções atribuídas ao Presidente da República, mas também instituiu também uma maior possibilidade de revisão judicial, na medida em que expandiu a função jurisdicional acerca dos atos administrativos discricionários. De acordo com Odete Medauar:

> A finalidade da revisão judicial, dessa maneira, como é apontado pelo magistrado: "impedir atos incompatíveis com a ordem constitucional, inclusive no tocante às nomeações para cargos públicos, que devem observância não somente ao princípio da legalidade, mas também aos princípios da impessoalidade, da moralidade e do interesse público. (BRASIL, 2020a, p. 7).

Nesta toada, o Poder Judiciário exerceria o controle jurisdicional não apenas com o objetivo de fazer apenas exame rígido de legalidade dos atos administrativos, pois essa legalidade deveria ser entendida em conjunto com a preservação da moral administrativa, salvaguardando o interesse da coletividade. Dessa maneira, é citado pelo Ministro o princípio da impessoalidade, haja vista estar ele diretamente relacionado à supremacia do interesse público.

Destaca-se ainda que a determinação ao dever de se respeitar o princípio da legalidade, consagrado no art.37 da Carta de 1988, foi reforçado pelo

próprio Supremo Tribunal Federal no RE nº 160.381/SP, quando o Ministro Marco Aurélio, ampliando os contornos normativos do referido dispositivo, assim externou: "O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César".

Assim, o juízo de verificação dos atos discricionários administração estão instituídos também (e principalmente) pelo *caput* do artigo 37, da Constituição Federal: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte)". Enfatiza- se que devem esses princípios apresentar alinhamento de "coerência lógica" com os atos administrativos emanados. Caso essa coerência esteja ausente, há inequívoco prejuízos a tal ato administrativo e, consequentemente, restará este viciado por infringência ao ordenamento jurídico e, por via de consequência, por transgressão ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos.

Essa infringência ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos ocorre em razão de haver clara demarcação aos limites (considerados razoáveis) para a atuação discricionária. A referida limitação evita "que se converta em causa, de decisões desprovidas de justificação fática e, consequentemente, arbitrárias" (BRASIL, 2020a, p. 9). Na verdade, isso se revela em virtude de que "o exame da legalidade, moralidade e impessoalidade, além do aspecto formal, compreende também a análise dos fatos levados em conta pelo Presidente da República ao realizar determinada nomeação." (BRASIL, 2020a, p. 9).

Em suma, o Ministro conclui sua fundamentação acerca ao assunto da revisão judicial expondo que a Constituição Federal, dessa forma, garante a possibilidade do Poder Judiciário apreciar tais atos discricionários quando o órgão administrativo que os pratica o fizer de maneira viciosa em relação aos critérios de legalidade, impessoalidade e moralidade, no objetivo de saciar seus próprios anseios e interesses e não o interesse público. O que deveria ser direcionado ao bem estar público, ao bem coletivo, é realizado no sentido de favorecer a um grupo determinado ou apenas a uma pessoa, que, desta maneira obtém benefício da situação.

A referida apreciação jurisdicional aos atos administrativos, como é fundamentado pelo Ministro, deve estar em "confronto com os princípios constitucionais da administração pública, obrigatórios ao chefe do Poder Executivo" (BRASIL, 2020a, p. 10). A Constituição Federal, fundamentada no Estado de Direito demandaria ao Supremo tribunal

federal o dever de atuar, conferido a legitimidade ou ilegitimidade do ato emanado pelo Presidente da República.

No caso em análise, pelos motivos expostos, o Ministro Alexandre de Morais deferiu a liminar apresentada no pedido do Mandado de Segurança Coletivo e suspendeu a eficácia do Decreto de 27/4/2020 (DOU de 28/4/2020, Seção 2, p. 1) no que se refere à nomeação e posse de Alexandre Ramagem Rodrigues para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal.

A decisão em tela produziu repercussão inequívoca no âmbito político, sendo que tão logo houve a notificação acerca da decisão monocrática, em 29/04/2020, a autoridade impetrada (Presidente da República) editou decreto tornando sem efeito a nomeação de Alexandre Ramagem para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal. Com esse ato, não apenas deu estrito cumprimento à ordem judicial mas também, supostamente, teria retirado a necessidade de dar prosseguimento ao feito.

Esse foi o entendimento do Ministro. Tendo a nomeação se tornado sem efeito, o Ministro Alexandre de Moraes, no dia 8 de maio de 2020, extinguiu o referido Mandado de Segurança informando que a ausência de efeito do Decreto Presidencial, caracterizava a perda de objeto do MS. Entendemos haver razão, nesse particular ao Ministro, pois o ato de revogação estabelecido pelo Presidente, ato volitivo de natureza política, destituía de sentido o litígio judicial, ausentando-se o interesse processual em dar continuidade à disputa.

2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O direito processual tem princípios que ajudam sua interpretação e o acesso à justiça. Esses princípios influenciam e representam um legitimador da dogmática jurídica do Estado Democrático de Direito. Conforme defende J.J Gomes Canotilho, "regras e princípios devem ser entendidos como espécies do gênero norma, de modo que teríamos normas-regras e normas-princípios e, portanto, tal distinção residiria, em última análise, em uma diferença entre dois tipos de norma." (PINHO, 2021, p. 85)

Em relação aos princípios em espécie, têm-se devido processo legal, que é expressamente assegurado pela Constituição de 1988, no artigo 5°, inciso LIV, que emana: "ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal." O Ministro Celso de Mello sistematizou os pilares do princípio do devido processo legal, sendo eles: a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; d) direito ao contraditório e à

plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; f) direito a igualdade entre as partes; g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestida de ilicitude; h) direito ao benefício da gratuidade; i) direito à observância do princípio do juiz natural; j) direito ao silêncio (privilégio contra auto incriminação); e k) direito à prova. (DALLA, p. 86-87, 2021)

2.1. O JUIZ NATURAL NO ÂMBITO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Nesta linha, tem-se como um de seus princípios mais importantes do metaprincípio do devido processo legal, o princípio do juiz natural. Este é assegurado constitucionalmente pelo artigo 5º, inciso XXXVII, que diz: "não haverá juízo ou tribunal de exceção" e inciso LIII da Lei Maior, que emana: "Ninguém poderá ser processado ou julgado senão por autoridade competente". Assim, não pode ser qualquer órgão, mas aquele que se chega através de regras objetivas de competência."

A garantia de julgamento pelo juiz natural tem o intuito de: a) evitar os odiosos tribunais de exceção que já se apresentaram nas ditaduras; b) garantir que não haverá nenhum tipo de ingerência na escolha do juiz que julgará a causa, devendo o julgador julgar com imparcialidade e impessoalidade, ou seja, o juiz não pode ter interesse na causa, sob pena de suspeição. E, violando-se esse princípio há a anulação do processo.

Ou seja, a parte não pode escolher livremente quem/qual juiz irá julgar a sua causa, sob pena de descumprimento da própria racionalidade do Judiciário, a imparcialidade. Sendo, a estrutura do Poder Judiciário subdividida em diversos órgãos do judiciário e, cada um desses órgãos recebem suas respectivas competências (função/atribuição).

2.2. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE NO ÂMBITO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio da imparcialidade do juiz, é aquele que assegura que o juiz que julga a causa deve estar isento/livre de contaminações psicológicas, devendo permanecer equidistante das partes. Vale ressaltar, que a imparcialidade difere da neutralidade na medida em que não há a possibilidade de se exigir neutralidade de ninguém, pois todos temos nossos valores pessoais, nossas vivências, juízo de valor, e essa bagagem pessoal do juiz irá influenciar em seu julgamento, porém deve este ser imparcial/equidistante das partes.

Com isso, medidas são tomadas para assegurar a imparcialidade. Há no Código de Processo Civil (CPC), dois institutos sendo um mais grave e outro menos grave. Este, a suspeição do juiz, é veiculado pelo artigo

145 do CPC, e aquele é o impedimento do juiz, assegurado pelo artigo 144 do CPC. A diferença entre esses dois vícios é de gradação. Neste caso, quando o juiz for considerado impedido, ele está proibido de julgar a causa pois o vício é muito grave. Porém, na suspeição, ele não está proibido de julgar a causa, o ideal é que não julgue, mas poderá vir a julgar.

Tratando-se especificamente dos casos de impedimento do juiz, têm-se um rol taxativo estabelecido pelo artigo 144 do código de processo civil. Têm-se o primeiro caso, que é quando o juiz é cônjuge de uma das partes, é impedido pelo fato de haver interesse direto na causa e, por isso, deve ser afastado e substituído por outro juiz. O segundo caso é em relação ao parentesco até 3° grau, Nesse caso, o impedimento vale tanto antes, quanto depois da decisão. O terceiro caso é quando o juiz é parte do próprio processo e, por isso, tem interesse direto na causa. O quarto caso, sendo o juiz herdeiro, podendo beneficiar-se do patrimônio do julgado. O quinto caso de impedimento é do juiz que tem vínculo empregatício com instituição que é parte na causa.

O regime jurídico para a proclamação do impedimento pode se dar de duas maneiras. Na primeira, o próprio juiz oficia, ou seja, por iniciativa própria deve pedir seu afastamento. Porém, caso o juiz não se afaste, as partes podem peticionar o afastamento a qualquer tempo, pelo fato do vício ser, como dito anteriormente, bastante grave.

No que se refere à suspeição do juiz, que é descrita no artigo 145 do CPC, também há um rol taxativo. O primeiro caso de suspeição do juiz é quando ele é amigo íntimo ou inimigo capital de uma das partes. O segundo caso é quando o magistrado é credor ou devedor de uma das partes, havendo interesse indireto de uma das partes. O terceiro caso é quando o juiz tem um interesse indireto na causa. O quarto caso é quando o juiz é suspeito para julgar por razões de foro íntimo. Este caso vale apenas quando o próprio juiz se declara suspeito.

O regime jurídico em relação à suspeição também se dá de duas maneiras: primeiro, o juiz pode de ofício se declarar suspeito e deve pedir seu afastamento; ou no segundo caso, em que as partes podem peticionar no processo o seu afastamento. Neste último caso, por ser um vício de menor grau de gravidade, a parte tem um prazo de 15 dias (após o conhecimento do fato) para alegar afastamento do juiz, e, perdendo-se o prazo, o juiz não será afastado.

3. ATIVISMO JUDICIAL E O PAPEL DO JUDICIÁRIO

É possível a observância em vários países do mundo de um fenômeno jurídico denominado ativismo judicial. No Brasil este fenômeno vem sendo objeto de muitas análises, já que parece ocorrer de forma recorrente, ocorrendo quando o Poder Judiciário interfere excessivamente em questões morais, sociais ou políticas de relevância para a sociedade e que emanem exacerbada repercussão social. Tal fenômeno tende a ocorrer quando juízes e tribunais distanciam-se de sua função típica, ou seja, aquela de aplicar as leis com base no direito vigente, para outra, que em princípio lhe é atípica.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, muito bem atenta para o fato de que essa judicialização não seria apenas da política, mas também da moral, da vida e das relações pessoais, ou seja, que iria desde, por exemplo: suspender a decisão do Presidente da República de nomear um novo diretor da Polícia Federal como é o caso em específico que tratamos até mesmo questões como a demarcação de terras indígenas, da criação de municípios, o direito ao aborto, entre outros, que são claramente um ato de judicializar as relações da sociedade como um todo desde o seu âmbito político até a mais simples prática social.

O controle por parte do Poder Judiciário na face do ativismo judicial é encarado, em muitas ocasiões, como um prejuízo ao nosso panorama político e constitucional, principalmente quando analisamos o Estado Democrático de Direito, regime estabelecido pelo constituinte originário já no artigo 1º da Constituição Federal, quando, inclusive tratou dos fundamentos da própria Carta Magna

Thomas Hobbes, um dos contratualistas que melhor teoriza sobre a formação do Estado certamente não pode ser considerado um defensor da liberdade e democracia, pois é um dos teóricos basilares do regime absolutista. Segundo Hobbes, no "estado de natureza", os homens estariam em uma constante guerra de todos contra todos. Para pôr fim à violência nascida do exercício de potências por definição ilimitadas, só pode ser eficaz uma potência que não conheça limites, pressupondo que os cidadãos, de comum acordo, iriam despojar-se integralmente de sua potência individual, transferindo-a para o que hoje nós denominaríamos por autoridade pública.

É, de fato, após a Revolução Francesa que o assunto acerca do "Estado" ganha novos contornos e, então, poderíamos vislumbrar a construção do conceito de "Estado de direito". Aliás, em Locke (contratualista em outras liberais), diferentemente do que é disposto por Hobbes, essa atuação do Estado não pode ser absoluta. O seu "estado de natureza" apresenta homens

dotados de liberdades que jamais foram vislumbradas no pensamento hobbesiano. Interessante observar que para Locke é fundamental que haja um poder que ponha efetividade dos "direitos naturais".

O Estado, de fato, seria esse poder e, caso fracassasse em sua missão e contrariasse os direitos naturais, seria um dever dos cidadãos destituir tal poder vigente, construindo governos que tivessem como objetivo fazer do Estado um poder a serviço das liberdades inscritas em cada indivíduo. Como disposto por Norberto Bobbio, no Estado de Direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos." (BOBBIO, 2004, p. 31).

Porém, há quem entenda que Estado de Direito não é sinônimo de Estado Democrático de Direito. O "Estado de Direito" se diferenciaria do "Estado Democrático de Direito" na medida em que, com as decorrentes injustiças sociais causadas pelo ideário liberal defendido por Locke. Dessa maneira, em uma junção do já mencionado "Estado de Direito" com o "Estado de bem-social que se forma a partir do surgimento de um anterior Estado Social, também conhecido como "Welfare State" - cujo objetivo era combater as mazelas causadas pelo liberalismo instituído pelo Estado de Direito -. Teria surgido "(...)a reivindicação de reconhecimento dos direitos básicos aos membros das camadas sociais economicamente inferiores." (DALLARI, 2017).

Porém, tanto no Estado de Direito, como no Estado Democrático de Direito, as questões fundamentais são, em um primeiro plano, a submissão do exercício do poder às regras determinadas pela soberania popular, mas também a necessidade de controle do poder exercitado por uma elite governamental.

Nesse viés, cabe bem ressaltar o princípio de Separação dos Poderes, como forma de limitá-lo. No caso brasileiro há o entendimento de que os poderes presentes no sistema governamental da República Federativa devem ser independentes e harmônicos. Esse ideal já teria sido formulado por Montesquieu, notável filósofo do movimento iluminista francês, no qual entende-se que deve haver a tripartição entre tais poderes, na intenção de o mesmo funcionar como um mecanismo para evitar esta concentração de poderes e estabelecer uma espécie de controle mútuo.

Como se sabe, em conformidade com o pensamento de Montesquieu, nesse sistema, os poderes do Estado seriam divididos em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. O Poder Legislativo possui a função típica de legislar e fiscalizar; o Executivo, de administrar a coisa pública; já o Judiciário, julgar, aplicando a lei a um caso concreto

que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses. O que importa, de qualquer forma, é que a separação de poderes é um conceito seminal do constitucionalismo moderno (BARROSO, 2018, p.212)

Na visão do grande pensador político, a liberdade estaria em fazer tudo o que as leis permitissem e a liberdade política só se acharia presente nos governos moderados. Por isso, Estados livres, para ele, eram os Estados moderados, onde não se abusasse do poder, muito embora a experiência lhe dissesse que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele, indo até os seus limites. Para que o abuso de poder não ocorra, é necessário que "o poder freie o poder".

Feitas estas considerações acerca da divisão de poderes, sempre é necessário lembrar que no Brasil os juízes devem ocupar um papel político distanciado da política, visto não serem votados. Todavia, a experiência mostra que quanto mais alta a hierarquia judiciária, mais contaminada é pela política, viabilizando que os magistrados se sintam inclinados a assumir posições ativistas.

Contudo, é possível mitigar o ativismo judicial em suas vertentes mais contundentes. A intenção é que juízes e tribunais apenas interfiram nas questões ligadas a direitos fundamentais ou a procedimentos democráticos, e, via de regra, interfiram de minimamente nas obras do legislador, a não ser quando estas obras constituam atos que ataquem a Constituição, utilizando-se de seu direito/dever de (também) controlar a higidez sistêmica.

No caso concreto analisado, que envolveu atuação do Ministro do STF, Alexandre de Moraes, é possível afirmar ter havido um ativismo contramajoritário, que ocorre quando os tribunais resistem em aceitar decisões proferidas por órgãos eleitos de maneira democrática pelo povo. No caso, há de se ter em conta que o Presidente da República possui a legitimidade conferida pela eleição democrática, sendo que uma de suas atribuições é exatamente poder escolher livremente aqueles que a Constituição e a lei lhe autorizam para cumprimento das tarefas de Estado.

No caso em análise, a ausência de elementos claros sobre as intenções antirrepublicanas do Presidente da República traz-nos à tona, a possibilidade de realizar um juízo negativo acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em decisão monocrática e em sede liminar. Entendemos que a exacerbação ativista tem grande potencial de trazer danos reais e simbólicos à democracia, pois essa concessão exagerada de controle e funções ao juiz pode colocar em dúvida o alcance da democracia.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO ÂMBITO DO ATIVISMO JUDICIAL

Esse ativismo Judicial possui o potencial de desaguar em um outro fenômeno denominado Judicialização da Política. Este ocorre quando questões de alta relevância e que geram controvérsias no campo da política são decididas em sede jurisdicional. Logo, as autoridades políticas a quem a Constituição, em princípio, concede a competência para tratar dos temas políticos, são suplantados pelas decisões judiciais. Aclare-se, no entanto que a judicialização da política é, em grande parte promovida pela própria classe política, que provoca o Poder Judiciário, que não tem autorização constitucional para negar a prestação jurisdicional.

O problema é que o Poder Judiciário, assim, distancia-se de sua função de julgar, interferindo nas decisões políticas que deveriam ser tomadas pelas instâncias políticas. No caso em análise, há elementos razoáveis para se crer que, embora o Poder Judiciário tenha sido provocado (no caso o STF), era possível ao Ministro Alexandre Morais exercitar a autocontenção e não invadir uma área tão sensível, criando um perigoso precedente.

Para que haja reflexão sobre o dano que o abuso à a judicialização pode causar é a quebra de referência que temos com a ideia de que são os representantes (e, por isso, nós próprios) por nós escolhidos quem tomam as decisões fundamentais sobre temas de grande complexidade. O excesso intervencionista pode colocar em xeque a necessidade de representação popular e, em última instância de soberania popular.

Nesse sentido, deve-se ressaltar que muitas das vezes a é a negligência do Poder Legislativo em exercer suas funções que empoderam o Poder Judiciário (principalmente o Supremo Tribunal Federal), já que este se vê instado, em algumas situações, forçado a se pronunciar acerca de matérias que em princípio não seriam de sua competência cuidar. Segundo Simone Tebet (MDB-MS)

> Quando nós nos omitimos, a sociedade provoca o Supremo e ele é obrigado a agir, muitas vezes até se excedendo, mas é obrigado, no mínimo, a dar uma resposta. Mas eu gostaria de deixar claro para a sociedade: o tempo da política é diferente do tempo da Justiça. É importante que questões políticas, como as questões de costume, sejam tratadas pelo Congresso Nacional,

Por esta razão, embora tenha sido explicitado acima os inúmeros motivos que tornam essa judicialização da política (como decorrência do ativismo *hard*) prejudicial, essa atuação do Supremo Tribunal Federal

em uma função que não lhe é típica, que excede os limites de sua competência, não seja benéfica para a democracia e para a própria estrutura de separação de poderes, há o que se ressaltar que talvez o STF apenas esteja colmatando a lacuna deixada pelos representantes típicos da política.

No caso Ramagem, o fato do Ministro do STF, Alexandre de Moraes, entender que a proximidade entre o Presidente da República e o seu escolhido caracterizaria desvio de finalidade do ato por inobservância dos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e do interesse público, não parece ter sido devidamente esclarecido. O não prosseguimento do processo, nesse sentido, foi deletério, pois ao não deixar explícitas a razão de decidir, estabeleceu como precedente que é, sim, possível que o Poder Judiciário intervenha em escolhas discricionárias do Poder Executivo.

De toda sorte, complementando a argumentação acima aduzida, reiteramos que, não restando cristalinos os fatores que levaram a que nomeação de Ramagem fosse afastada, restou em dúvida a própria imparcialidade e tecnicidade da decisão.

Todavia, já que nossas críticas foram dirigidas a uma suposta ausência de legitimidade democrática por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal, é nossa obrigação lembrar que, além dos requisitos de "notável saber jurídico e conduta ilibada" (como é disposto no caput do art. 101, CF/1988), os ministros do STF são escolhidos pelo Presidente da República e, só ocupam o cargo após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, como manda o art. 101, parágrafo único, da CF/1988. Dessa forma, mesmo que seja de maneira indireta, passam pelo processo de indicação e aprovação tanto do Presidente, quanto do Senado, esses, sim, representantes políticos legitimados pelo voto popular.

Por fim, lembramos que o Supremo tribunal federal, ao assumir a proteção da Lei Maior, deve estar sempre preocupado em zelar pelos princípios ali dispostos, principalmente aquele estabelecido no art. 2º da Carta (princípio da divisão harmônica entre os três poderes). Nesta via, é necessário que consciente de suas competências como última instância do Poder Judiciário, descubra ele a medida certa para o exercício de seus poderes e, exercitando a autocontenção (LIMA, 2016, p. 463), deixe de arrogar para si competências que não lhe são próprias.

5. METODOLOGIA

O artigo foi desenvolvido por meio da metodologia de estudo de caso (decisão de suspensão do Decreto de Caso de nomeação de Alexandre Ramagem). Quanto à finalidade, trata-se de pesquisa aplicada, com pretensões de contribuir para a análise da atuação do Supremo Tribunal Federal em situações que tem a política como elemento central. Do ponto de vista dos objetivos, embora tenha aspectos metodológicos marcadamente descritivos, há também elementos explicativos e exploratórios. Foi utilizada uma abordagem qualitativa, sendo que os procedimentos metodológicos para coleta de dados e formação de fundamentos teórico-jurídicos foram as pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e legislativa.

6. RESULTADOS E DISCUSSÃO

A discussão se desenvolveu a partir da análise da decisão do ministro Alexandre de Moraes no Mandado de Segurança Coletivo 37097/2020, sendo que o problema levantado dizia respeito à possibilidade do Poder Judiciário (no caso, representado pela sua instância máxima, o Supremo Tribunal Federal) se imiscuir em escolhas até então tidas como discricionárias do Presidente da República, quando não manifesta a presença de ilegalidade/ inconstitucionalidade.

A rigor, não é possível afirmar categoricamente se houve ou não intervenção abusiva do STF em questões de ordem estritamente políticas, já que a perda de objeto em razão da revogação do Decreto de nomeação por parte do Presidente da República não cooperou para que, no decorrer do processo, se aclarassem os motivos factuais que levariam a crer na imoralidade dos fatos.

Todavia, é exatamente essa ausência de maiores esclarecimentos no âmbito do processo que nos inclina a considerar possível que o Supremo Tribunal Federal tenha agido de maneira a ultrapassar as fronteiras que delimitam a atuação jurisdicional e a atuação política exclusiva do Presidente da República, remetendo-nos a uma típica situação de ativismo judicial forte, em típica situação em que partido político deu origem à judicialização de questão política.

7. CONCLUSÕES

São conclusões do presente trabalho:

a) a fim de resguardar o princípio da Separação de Poderes, disposto na Magna-Carta, em seu artigo 2º, o Poder Judiciário (de maneira mais ampla) e, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal, devem, em sua atuação jurisdicional primar pela autocontenção, evitando ativismo exacerbados;

b) a judicialização da política vem sendo um fenômeno alimentado pela própria classe política, sendo que a própria inteligência do sistema jurídico-constitucional não permite que o Poder Judiciário se ausente quando instado a atuar. Todavia, a judicialização em grau elevado coloca em risco a democracia e, por via de consequência, o Estado democrático de Direito;

c) o teor das decisões proferidas pelo Supremo tribunal Federal tem cada vez mais importância, em tempos de crescente reconhecimento dos precedentes da Corte. Logo, há de se atentar com um olhar pragmático, que atente para o perigo das consequências trazidas por decisões proferidas em situações muito específicas e sem grande profundidade no âmbito das razões de decidir.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* São Paulo: Editora UNB - Imprensa Oficial: 2004. BURKE, Peter.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*; Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 370997*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 29 de abril de 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MSRamagem.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Estado democrático e social de direito.* Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga

e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/70/edicao- 1/estado-democratico-e-social-de-direito. Acesso em 10 abr. 2021.

LIMA, Marcelo M.C. *A validade legítima: um estudo sobre o caso brasileiro*. 2014. Tese (doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Manual De Direito Processual Civil Contemporâneo.* 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

UMA LEITURA MIDIÁTICA DO "DEVIDO PROCESSO LEGAL"

BARBOSA, Diego Rodrigues[1]
MOARES, Carlos Eduardo Guerra de[2]

1 É graduado em Comunicação Social/Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), aluno graduando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (Ibmec) e pesquisador do grupo SOCEDIR, www.socedir.com.br.

2 É doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2016), mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2011) e graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1991). Atualmente, é Professor Titular III do IBMEC RIO, Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Coordenador pós-graduação - UNYLEYA EDITORA E CURSOS S/A em convênio com o Estratégia Concursos.

RESUMO

O trabalho compreende um estudo acerca da violação do devido processo legal (como princípio fundamental estruturante do sistema jurídico-constitucional brasileiro) em situações nas quais o abuso da liberdade de expressão, praticado por poderosos veículos de imprensa, coloca em risco o direto à intimidade, privacidade e à imagem dos indivíduos. Nesta linha, procura-se analisar como a aplicação do princípio da proporcionalidade pode auxiliar no processo de tomada de decisão, em busca de uma solução razoável, que determine maior restrição ao princípio da liberdade de expressão dos meios jornalísticos em situações específicas.

Palavras-chave: devido processo legal, mídia, Estado punitivista, princípio da proporcionalidade.

1. INTRODUÇÃO

Diante da comercialização da violência, como maior produto midiático de consumo, é possível vislumbrar a existência do abuso da liberdade de expressão, por parte de veículos de imprensa, com grande apelo, perante um público ávido por consumir "informações". Ante a circunstância de criação e deturpação dos fatos, no âmbito do desenvolvimento do devido processo legal, o réu pode vir a ter os seus direitos ao contraditório e ampla defesa, direitos garantidos pela Constituição, fortemente violados. Isso, porque a forte pressão da mídia cada vez mais parece influenciar os atores judiciais, também estes influenciados pela ambiência de espetáculo midiático, sendo que a honra, a privacidade, a intimidade e até mesmo a liberdade individual podem, em tal ambiente, serem afetadas.

A espetacularização da violência não é um fenômeno cuja gênese esteja situada nos dias atuais. Como se sabe, trazendo-se à tona um exemplo contundente, ela já era vivenciada na Roma Antiga, onde o Coliseu era usado como palco de manipulação pelas elites governamentais, de forma, não só a desviar a atenção dos reais problemas sociais vivenciados por aquela sociedade, mas também para auxiliar na criação de uma realidade paralela.

De uma maneira mais objetiva, observa-se que o fato violento é noticiado de forma amplificada por uma mídia especializada em explicitar os seus contornos mais repugnantes, que incita a população a um sentimento de vingança, levando a que esta clame, não apenas por punições mais pesadas do que a lei confere, mas também ao desrespeito de algumas normas civilizadas prevista nos princípios do devido processo legal, seja na sua vertente material ou formal.

Assim, as autoridades judiciárias, influenciadas pelo clamor de uma resposta rápida e incisiva, desconsideram as cautelas exigíveis para a produção de decisões. Destarte, o efeito colateral é um risco de vulnerabilidade não apenas aos direitos subjetivos daqueles que estão no polo passivo da relação jurídica, mas também um perigo a própria higidez do sistema, pois a adoção de uma perspectiva punitivista, afastada, inclusive, da presunção de inocência do réu, configura-se como um perigoso desvio aos avanços civilizatórios, obtidos pela sociedade ocidental.

O caso da "Escola Base", em São Paulo, no ano de 1994, é um exemplo bastante ilustrativo desta cultura punitivista, que vem sendo incentivada pela mídia sensacionalista, cujo interesse é a audiência. Foi um fato de repercussão nacional e posteriormente ficou devidamente comprovado que os réus acusados eram totalmente inocentes das ilações

elencadas pela mídia. Essa situação auxilia na análise acerca da ausência de uma maior reflexão, por parte dos veículos informacionais, bem como da necessidade de que se discuta mais intensamente meios democráticos para possíveis restrições e limites aos direitos de liberdade de imprensa, quando os mesmos violam de forma desproporcional direitos de intimidade, privacidade e honra dos destinatários dos direitos fundamentais (principalmente aqueles garantidos pelos incisos X e XII do Art. 5º da Constituição Federal de 1988).

Outro caso, recentemente (mal) divulgado, diz respeito à pessoa de um ex- promotor de justiça, acusado de homicídio. Na situação, teve ele a intimidade e privacidade amplamente invadidas sendo que uma pergunta que se faz necessária é a que questiona qual a dimensão que o cargo de promotor de justiça influencia no processo de diminuição de seus direitos à privacidade e intimidade, bem como a dimensão do interesse público nessa situação específica (considerando-se que se tratava de uma questão da sua vida privada).

Neste caso em específico, houve manifestação judicial, por parte da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu ter havido, por parte da TV Record, abuso da liberdade de expressão, com resultado à condenação da ré, mantida a decisão de 2° instância, que havia condenado a emissora a pagar 200 mil a título de indenização por danos morais. Ademais, enfatizou o não absolutismo de um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

No caso acima, vê-se que a parte autora (pertencente a uma elite da classe jurídica) obteve uma resposta positiva do Poder Judiciário. A questão aberta, então, é a seguinte: como ocorrem os processos criminais de menor ou maior repercussão, voltados para pessoas pertencentes a uma classe socioeconômica e cultural desfavorecida? Nessa linha, um dos casos contundentes de desproporcional violação do devido processo foi o episódio do "Ônibus 174". Na oportunidade, deu-se o sequestro do mencionado veículo por um jovem, que cometera homicídio contra uma menina que se encontrava na posição de refém. No trajeto para a delegacia, o sequestrador, já sob a tutela do Estado, foi "justiçado" pelas autoridades policiais, o que leva a crer que o processo de justiça, nesta circunstância, determinou, de forma celérrima, pena inexistente no sistema jurídico brasileiro (pena de morte) Ou seja, abdicou-se de forma incisiva dos meios estabelecidos pelo sistema jurídico constitucional.

Na oportunidade, a mídia noticiou o fato acompanhando-o e narrando-o como se fosse um filme de ficção, visto inexistir, durante o

processo de transmissão, qualquer informação relevante. Naquele momento, a espetacularização da miséria humana estava sob o controle do "Ibope", sendo perfeitamente cabível o uso da máxima de que "uma imagem vale mais do que mil palavras". Para as emissoras, de fato, o retorno foi lucrativo, mas, para o Direito e às garantias processuais constitucionais, foi um dia de derrota. Restou a sensação de que os incisos LIV, LV, LVI e LVII do Art. 5º da Constituição Federal de 1988 são aplicáveis de forma seletiva e que nem sempre a ausência de restrições à mídia podem corroborar com a ampliação do Estado de Direito Constitucional.

Neste sentido, a pretensão do presente trabalho é, em primeiro plano, analisar se os casos acima mencionados correspondem a uma exceção ou se confirmam a regra na cobertura midiática; em um segundo plano, levantar alguns argumentos que possam colaborar com a adequada coadunação entre a ideia de imprensa livre com o respeito ao devido processo legal, em casos semelhantes, no âmbito do Estado Democrático de Direito, estabelecido no Art. 1º da Carta Magna brasileira.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS FUNDAMENTOS

É importante se ter consciência de que a o direito de liberdade impulsiona o exercício de se expressar, oriundo de uma positivação no nosso ordenamento jurídico constitucional. Aliás tal direito está presente nos mais importantes documentos da humanidade, como a Declaração Universal de Direito humanos de 1948, que prescreve em seu art. 18 que "toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento (...)"). Somado a isso, aponta-se para o Pacto de são José da Costa Rica de 1969, que em seu art. 13 afirma que "toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. (...)"). Voltando-se no tempo, verificaremos que até chegarmos na materialização da liberdade, as ideias de dignidade da pessoa humana e igualdade, trazidas pela filosofia clássica ateniense, foram as percursoras para o início de uma concepção em que o indivíduo é um homem livre e dotado de individualidades, como discorre Ingo Sarlet (2020, p.317) no Manual de Curso de Direito Constitucional, a respeito da história dos direitos fundamentais.

Cumpre lembrar que em 1215, na época medieval, houve a "Magna Carta Libertatum", firmada pelo Rei João Sem-Terra, em que, apesar de destinar direitos apenas aos barões e bispos ingleses, era um começo em se proteger um habeas corpus, o devido processo legal e a garantia da propriedade. Mais a frente, não podemos esquecer da Reforma Protestante, que nos impulsionou gradativamente a termos a opção de liberdade religiosa. Dessa forma, o poder monárquico ia se reduzindo paulatinamente.

Ingo Sarlet (2020, p.318) cita (no manual) que São Tomás de Aquino no lembra se todos os homens são iguais perante a Deus, há de se limitar o poder de um indivíduo, quando este achar que pode mais do que os outros. A ideia de igualdade como um direito natural e inalienável (pensamentos reforçados por John Milton, Thomas Hobbes, Lord Edward Coke e John Locke, primeiro a reconhecer a inalienação) encontra-se difundido de forma inexorável pela sociedade ocidental. Por isso, liberdade e igualdade são dois princípios pilares do nosso sistema jurídico-político e mental.

Para corroborar ao desenvolvimento da liberdade, o processo doutrinário do contratualismo e da teoria dos direitos naturais, construído por Rousseau, Thomas Paine e Kant, atingiu tal magnitude que, logo, Thomas Paine foi o primeiro pensador a propagar a expressão "direitos do homem", como substituta dos "direitos naturais". Com isso, reforçou a concepção de humanidade e afastou uma ideia de algo divino. Trouxe o conceito para mais perto das relações sociais, para que o ser humano pudesse enxergar tal direito como algo comum a todos.

3. A RELATIVIZAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CONFORMAÇÃO DESTE DIREITO

A liberdade de expressão, prescrita, de forma tácita, no inciso IV do art. 5° da Constituição Federal afirma que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". Isso remete a que o indivíduo possuía direito de expressar a opinião sobre o que, quem e como achar necessário, seja individualmente ou em âmbito coletivo. Além disso, a disposição também inclui o poder dos veículos de comunicação de informar (liberdade de informação) os fatos à sociedade em variadas plataformas, sejam eles pela internet ou off-line (revista, jornal impresso e televisão, rádio), como em forma de notícias, mas também em sátiras, nos programas de humor, e em entrevistas, através de "talk shows".

O dispositivo estimula o debate crítico e a pluralidade de ideias da sociedade. Diante desse direito positivado pelo ordenamento constitucional, o questionamento a se fazer é se tal liberdade possui algum limite, e se alguma restrição pode incitar uma prévia censura. Para o jurista Daniel Sarmento, a liberdade de expressão não é um direito absoluto, pois pode esbarrar em outros direitos, como a honra, a imagem, a privacidade, a intimidade e, por fim, a dignidade da pessoa humana. Como corolário, o inciso subsequente (inciso V do art. 5° da Constituição Federal) vem para completar uma lacuna do anterior: a responsabilidade em informar e se expressar, já que é "(...) assegurado o direito de resposta, proporcional ao

agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem", conduzindo-nos a considerar que o que falamos ou deixamos de falar possui consequências jurídicas. Ao extrair o vocábulo "proporcional" e "agravo", atentamos, como Daniel Sarmento (2013, p.263) salienta em "Comentário à Constituição", que dependendo da intensidade do que é dito ou o modo como é dito, o impacto pode ser maléfico para o destinatário. Aliás, mais ainda quando o emissor pertence a um veículo de comunicação com grande poder de propagação e influência. Por isso, a palavra "proporcional", vinda logo após "direito de resposta", deve ser interpretada de modo que, caso o destinatário sinta algum abuso da liberdade de expressão, com afronta a algum direito fundamental seu, poderá ter o direito de receber por parte do Estado a proteção do mesmo, respeitado o princípio da proporcionalidade.

Em outras palavras, suponhamos que um veículo televiso tenha imputado fatos distorcidos a respeito de alguém, através de dez telejornais. Para se fazer presente o direito de resposta, nos termos normatizados, a retratação deverá ser na mesma intensidade, caso contrário, não será na mesma proporção ao dano causado sobre a pessoa. Ademais, que se faça materializar o princípio da imediatidade, pois quanto mais tempo passa, maiores podem ser os danos morais, materiais, sendo alguns deles irreversíveis, por mais que a doutrina do Direito Civil tenha trabalhado para quantificá- los e compensar a vítima.

Na prática, isso significa um pedido de desculpa pelos mesmos telejornais, o mais breve possível, com o mesmo impacto. O desafio é, certamente, a dosimetria dessa proporcionalidade para fins de retratação. O que parece ser observável é que a mídia não oferta ao agravado o mesmo destaque no momento de se retratar em clara violação ao referido princípio da proporcionalidade.

Para os capitães da indústria, a retratação não concede o "ibope" e, na circunstância de veículo comunicacional consolidado no mercado, dispensa-se a preocupação com a credibilidade, pois o capital "reputacional" já foi dado pela massa de telespectadores, oriunda de alienação, baixa instrução e percepção das sutilezas midiáticas que a cerca. Com isso, a dignidade humana é deixada de lado. E, uma "dignidade" que deveria limitar o abuso do poder de liberdade é sucumbida pela supressão do inciso V da Constituição Federal. Ademais, vê-se que a prática abusiva e a ausência da proporcionalidade ao direito de resposta, caracteriza-se a violação ao princípio da equivalência.

4. O OLHAR CONTEMPORÂNEO DO STF SOBRE O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Um ponto de partida para entendermos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o conflito dos incisos IV e V do art. 5° da Constituição Federal de 1988 é a ADPF 130 de 2009, movida pelo partido PDT (Partido Democrático Trabalhista) contra a Lei 5.250/67. Essa norma foi criada no período da ditadura, para privar os veículos de comunicação de informar e se expressar. A Lei 5.250/67 possui, por entre os artigos, vocábulos como "processo de subversão" (art.1°, § 1°), "censura" (art.1°, § 2°), "clandestino" e "bons costumes" (art. 2, *caput*), em que tais palavras soam na construção normativa da Lei em uma perspectiva de censura e que, hoje, em um Estado Democrático de Direito, não mais se apresenta aceitável.

Com isso, o STF entendeu que a ADPF 130 deveria revogar por completo a Lei da época. Importa ressaltar que o Ministro Marco Aurélio Mello entendeu a ação não deveria prosperar, por considerar que a lei deveria ser discutida e editada pelo Poder Legislativo, no exercício de sua função típica e, assim, não deixar um vácuo normativo. A nosso ver, tal Lei, por ter sido prescrita em uma "época de chumbo", já havia passado a ser incompatível com a realidade vigente da Constituição Federal de 1988 e, por isso, não deveria ter sido nem mesmo recepcionada pelo ordenamento jurídico.

Todavia, prevaleceu o entendimento do relator Carlos Aires Brito, que apesar de ter se posicionado pela revogação total, mostrou-se preocupado com o Capítulo 4 (Arts. 29 ao 36) da Lei, pois tal parte detalha, de forma expressa, como agir nos casos de abuso da liberdade de expressão. Ademais, ressaltou importância do que dispunha o art. 66, que prescreve uma prisão especial ao jornalista, nos casos de abuso da liberdade de expressão. Em continuidade, a revogação total foi apoiada pelos ministros Menezes de Direito, Cezar Peluso, Eros Graus, Ricardo Lewandowski, Carmén Lúcia Antunes Rocha, Menezes Direito, além do decano Celso de Melo.

De acordo com o Ministro Menezes Direito, a revogação procedeu por entender que "o preço do silêncio para saúde constitucional dos povos é muito mais alto que o preço da livre circulação de ideias". De toda forma, faz-se uma observação a fala do Ministro, pois deve-se ter em conta que a realidade socioeconômica brasileira é muito específica, sendo que a maior parte da população não está consciente deque está sofrendo abuso da liberdade de expressão.

Para o Ministro Lewandowski, os princípios e valores passaram a ser incompatíveis com a Carta Magna atual, além de se ter vários dispositivos constitucionais que garantem a livre manifestação do pensamento. Entretanto, o Ministro não enfatizou que a "manifestação do pensamento" pode gerar o direito de reposta.

O Ministro Peluso informou que se utilizar de normas de um "sistema mutilado" poderia causar uma falta de organicidade. Com isso, para ele, até que o Congresso Nacional não decidisse sobre a matéria, o Judiciário teria competência para decidir questões sobre direito de resposta. Sob esse prisma, a Ministra Carmén Lúcia manifestou que o ordenamento constitucional já possuía ferramentas para conter e repudiar todos os abusos que eventualmente ocorressem. Adicionou ainda que manter a Lei de Imprensa seria "garrotear" a liberdade de expressão. O Ministro Eros Grau, seguindo o entendimento do relator, demonstrou preocupação pela revogação do Capítulo 4 da Lei, que, como informado, orientava como deveria ser entendida a aplicação do direito de resposta. Também concordou com a revogação total o decano, Ministro Celso de Mello.

Todavia, para os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes, a Lei teria que ser revogada parcialmente, com destaque ao entendimento do Ministro Gilmar Mendes, que ressaltou que a falta de parâmetros de organização e procedimentos do inciso V do art. 5° da CF seria um perigo para o abuso da liberdade de expressão, pois não havia uma formalidade constitucional.

Já para o ministro Joaquim Barbosa, o fundamento do voto à parcialidade se debruçou nos artigos 20 ("caluniar alguém, imputando falsamente fato distorcido como crime."), 21("difamar alguém, imputando fato ofensivo à sua reputação.") e 22 (injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro), pois não incitam a ditadura e, por isso, deve-se aproveitá-los para dar uma maior reponsabilidade à liberdade de expressão.

Posteriormente, ajustou o seu fundamento, somado aos artigos, baseados pela ministra Ellen Gracie (tendo votado também pela revogação parcial), 1°, § 1°, 14 e 16, I, que "proíbem a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe".

Daniel Sarmento (2013, p.261), em "Comentários à Constituição Do Brasil (Código constitucional comentado), mesmo havendo uma supressão normativa no inciso V, não se pode isentar o limite da liberdade de expressão. Além disso, vale frisar o esclarecimento do constitucionalista ao diferenciar censura prévia de controle do abuso da liberdade de expressão, sendo conceitos antagônicos. A atenção para esse antagonismo

é necessária, a fim de que os veículos de comunicação de massa e todos os cidadãos tenham consciência de que a liberdade não está sobreposta ao respeito da dignidade humana. O uso abusivo do direito fundamental da liberdade de expressão a afeta em si, pois a ausência de responsabilidades informacional e expressão violam a liberdade do direito de resposta do atingido, para se defender do fato errôneo imputado e ter a chance de se expressar. Além disso, a liberdade de expressão, se enaltecida apenas no âmbito do inciso IV da CF, pode causar efeito maléfico aos princípios do contraditório, ampla defesa e, consequentemente, ao devido processo legal (direito fundamental referente aos Direitos Humanos).

Mesmo que tenhamos que repudiar a censura vivenciada no decorrer da ditadura, não pode ser ela argumento suficientemente forte para a necessária limitação da liberdade (quando usada de forma abusiva), pois tal ocorrência afeta o princípio da igualdade entre os indivíduos, ideia fortemente ressaltada no *caput* do artigo 5° da CF. Somado a isso, tal abuso da liberdade seria uma afronta à ideia de um homem ver o outro também com um humano, trabalhada por Kant e outros grandes pensadores.

Logo, um olhar exclusivo para o inciso IV causa risco de retrocesso. Em um país, com as condições socioeconômicas como as do Brasil, sabe-se, de antemão, que os indivíduos de baixa renda, com imputações nem sempre verdadeiras, não terão a percepção de direitos fundamentais violados pela mídia e, caso a tenham, provavelmente será inexistente o fôlego processual necessário para obterem os danos reparados. Para confirmar e solidificar o entendimento do STF sobre a colisão entre "liberdade de informação e expressão" com o "direito de resposta (...)", Ingo Sarlet (2020, p. 532) deixa claro que, há mais dez anos, em situações de dúvida, tem-se preferido abraçar o inciso IV do art. 5° da Constituição Federal.

Em 2015, foi sancionada a Lei 13.188 acerca do direito de resposta, com o objetivo de preencher com a devida regulamentação um suposto vazio normativo deixado pela redação do inciso V da art. 5 da CF. Dentre os seus dispositivos, abarcou o tempo de resposta do veículo de comunicação, tratou da diferenciação entre direito de resposta e retratação/retificação, deixou implícito os princípios da imediatidade e paridade de armas, além de criar parâmetros e fundamentos para se ter um melhor entendimento do que é e como proceder quando tal direito for violado. Posteriormente, a ANJ (Associação Nacional de Jornalismo), a ABI (Associação Brasileira de Imprensa) e a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) atacaram determinado dispositivo da Lei por via das ADIs 5436, 5418 e 5415.

Em todas as referidas Adins entendeu-se que o art. 10 da Lei não possuía os requisitos de constitucionalidade. Para melhor elucidação, passamos a transcrevê-lo:

> Das decisões proferidas nos processos submetidos ao rito especial estabelecido nesta Lei, poderá ser concedido efeito suspensivo pelo tribunal competente, desde que constatadas, em juízo colegiado prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

Alegaram os legitimados que a lei contrariava os princípios do contraditório, ampla defesa e, consequentemente, o devido processo legal. Por maioria, o Tribunal, entendeu ser o referido dispositivo inconstitucional.

Questão que se abre é a de saber se a interpretação de inconstitucionalidade do art. 10 não estaria contrariando o princípio da imediatidade, pois uma decisão prévia monocrática do tribunal seria para compensar ao agravo já provocado por um veículo de grande poder midiático. Vale lembrar que à medida que o tempo passa e a vítima ainda não possuiu o direito de resposta ou a retratação, a intensidade do impacto negativo sobre a dignidade da pessoa humana aumenta.

Os danos morais e materiais, já anteriormente chamados à baila neste artigo, podem ser irreversíveis. Ademais, a celeridade judicial, neste caso, é necessária para se fazer viva a paridade de armas entre a grande mídia e o polo processual hipossuficiente. O enaltecimento do devido processo legal pelos requerentes nas ADIs – órgãos legitimados nos termos do Art. 103 da Carta Federal de 1988 - pode parecer contraditório, quando verificamos que a própria mídia afeta e acelera, de forma exacerbada, o andamento do processo, quando imputa fatos equivocados.

Logo, se a Lei 13.188/2015 visa frear o abuso da liberdade de expressão, que afeta o devido processo legal, principalmente em casos criminais com pessoas de classe socioeconômica desfavorecida (vide o caso do "Ônibus 174"), por que entender que o artigo 10 da Lei 13.188/2015 afetaria direitos fundamentais processuais? Na verdade, parece que quando os direitos da grande mídia são afetados, o devido processo legal é lembrado. É estranho pensar que o mesmo direito é esquecido para muitos no âmbito da realidade brasileira. Da mesma maneira que liberdade de expressão já foi usada como instrumento panfletário para se cometerem abusos, por falta de limites formalizados constitucionalmente, surge a percepção de que o devido processo legal pode vir a estar correndo o

mesmo risco: ser utilizado como subterfúgio jurídico para favorecer as elites e os capitães da indústria.

Contudo, as Adins não conseguiram impugnar o art. 7º da Lei em análise, o qual reproduzimos abaixo:

> O juiz, nas 24 (vinte e quatro) horas seguintes à citação, tenha ou não se manifestado o responsável pelo veículo de comunicação, conhecerá do pedido e, havendo prova capaz de convencer sobre a verossimilhança da alegação ou justificado receio de ineficácia do provimento final, fixará desde logo as condições e a data para a veiculação, em prazo não superior a 10 (dez) dias, da resposta ou retificação.

Este dispositivo impulsiona os princípios da imediatidade e equivalência, o que acaba por se tornar um respiro de alívio para um sistema que tem por pretensão a manutenção do Estado Democrático de Direito.

5. O USO ABUSIVO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Neste tópico trataremos de dois casos em que o STF coibiu os abusos da liberdade de expressão: as prisões do jornalista Oswaldo Eustáquio Filho e do deputado federal Daniel Lúcio Silveira. São situações paradigmáticas e que geram grandes debates no âmbito do Estado Democrático de Direito. Começaremos com o caso do jornalista, preso por financiamento de atos com pautas antidemocráticas, disseminadas pela internet (mais precisamente em redes sociais).

Em vídeo publicado no dia 17/11/ 2020, no YouTube (no endereço https://www.youtube.com/watch?v=u5npffB_Sac), o político Boulos (do Psol) é acusado de lavar dinheiro por empresas fantasmas na corrida eleitoral, em São Paulo. A maneira utilizada pelo jornalista para informar foi interpretada pelo STF como uma produção irregular, impondo uma multa de 15 mil reais. Ao se assistir a reportagem se verificará a parcialidade evidente por parte do jornalista, que incita uma polarização e direciona a um extremismo, o que contraria um Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se que o STF, ao considerar "irregular" a conduta do jornalista, não questiona a veracidade dos fatos, mas sim o modo como a matéria foi conduzida. Um adendo importante é que antes da publicação do conteúdo, o referido jornalista já havia sido preso, no dia 26/06/2020, acusado de estimular extremismo contra Poderes da República (STF e Congresso Nacional) por meios ilegais, como consta na "PET 8.961 DISTRITO FEDERAL".

O caso acabou por ter um desenvolvimento com desdobramentos. No dia 06/ 07/ 2020, o jornalista foi solto com o fim da prisão temporária. Meses depois, porém, voltou a ser preso por ter descumprido uma das medidas exigidas pela justiça, ausentando-se do Distrito Federal. No momento tem prisão domiciliar decretada sendo várias as medidas de restrição: proibição de recebimento ou concessão de entrevista, salvo mediante autorização judicial; proibição de manutenção de quaisquer contatos, inclusive telefônico telemático, entre si e com as pessoas indicadas na PET 37267/2020; proibição de qualquer rede social por si ou pela assessoria de comunicação ou qualquer oura pessoa outra pessoa; uso de tornozeleira eletrônica, nos termos do art. 319, CPC. Nesse caso, o que é observável é que Eustáquio exercitou seus direitos ao devido processo legal, com os seus corolários direito do contraditório e direito à ampla defesa.

Já outro caso, mais recente e ainda mais emblemático, o deputado federal Daniel Lúcio da Silveira, ao ameaçar o fechamento do STF (PET 9.456 Distrito Federal), através de vídeos postados no YouTube, denominados como "Política Play"(disponíveis em https://youtu.be/jMfInDBI-tog), e "Convoquei as Forças Armadas para intervir no STF" (disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=LEiC1yw6nMQ).

Nesses conteúdos, o deputado xinga os ministros e instiga a volta do Ato Institucional nº5 (AI-5). Diante desse cenário, o STF, na figura do relator Alexandre de Morais, decretou a prisão em flagrante delito, Por esta razão, no dia 17/02/2021, foi oferecida a denúncia pela Procuradoria Geral da República por diversos crimes, mas principalmente (já que é esta a temática em questão), incitação à "(...)animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e entre as classes sociais ou instituições".

No caso, é interessante observar que o parlamentar, representante do povo pela via democrática, ao ascender ao poder vira as costas ao sistema que lhe concedeu a representação e passa a defender um sistema em que o povo passa a ter claros limites para poder expressar seus direitos de liberdade. Por isso, entendemos que o abuso da liberdade de expressão foi coibido, e o respeito ao devido processo legal se fez presente.

6. METODOLOGIA

A presente pesquisa aplicada tem natureza exploratória, no que diz respeito a seus objetivos. Quanto à abordagem, trata-se de investigação qualitativa cujos procedimentos de coletas de dados se deu a partir de pesquisa bibliográfica, pesquisa jurisprudencial, pesquisa legal, bem como pesquisa de documentos produzidos pela mídia.

7. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Ante os casos concretos expostos no trabalho de pesquisa, chama-se a atenção para o fato de que direitos fundamentais podem ser atingidos pelo uso abusivo da liberdade de expressão e/ou informação. Isso ocorre em geral em relação a pessoas desfavorecidas do ponto de vista sociocultural e econômico, o que é mais raro entre aqueles pertencentes a uma classe de maior potencial econômico.

Nesse sentido, os direitos ao devido processo legal de pessoas com menor potencial econômico, social e cultural são mais propensos a serem relativizados, não apenas no campo judiciário, mas também no âmbito da invasão à intimidade e privacidade por parte da mídia. Nessas circunstâncias, não se costuma levar em consideração o direito constitucionalmente previsto à indenização, mesmo que seja inequívoco o uso abusivo do direito à liberdade de informação.

8. CONCLUSÕES

Em razão das investigações realizadas, há uma forte inclinação no sentido de considerar que a mídia, nos casos de grande repercussão midiática, tem efetiva influência no processo de mitigação do alcance normativo do princípio do devido processo legal.

De forma pragmática, é possível enxergar que, quando o atingido é alguém sem instrução e de baixa renda (como citado no caso do sequestrador do ônibus 174), tal direito é quase inexistente. Por outro lado, sendo pessoas de maior potencial sócio- econômico e cultural (como, por exemplo, o jornalista Oswaldo Eustáquio), o devido processo legal é mais respeitado.

Assim, conclui-se que a aplicação do devido processo legal, no caso estudado, tende a ser relativizado quando no polo da relação jurídica está alguém cujo potencial sociocultural e econômico é baixo. Por outro lado, observa-se que o direito de liberdade de informação por parte da mídia mais poderosa tende a se mostrar com maior peso nos processos de ponderação conduzidos pelo Poder Judiciário, sem que este atente para os direitos constitucionais em conflito, principalmente quando a violação se dá em relação a pessoas com pouco ou nenhum potencial econômico para fazer frente a uma batalha judicial desgastante e dispendiosa.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. 1° edição. São Paulo: Saraiva/ Almedina,2013. .

DIAS, José Carlos; KLATAU FILHO, Paulo. (Org.) O Devido Processo Legal. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, 9 ed. São Paulo: Saraiava, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 42 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

AZEVEDO, Bernardo Varjão.; AZEVEDO, Bernardo Montalvão. *O Método Fenomenológico Proposto por Hedmund Husserl e o Caso Escola Base*. Brasília: Instituto de Ensino e Pesquisa e Desenvolvimento, 2010.

IMPECUNIOSIDADE NA ARBITRAGEM: OS EFEITOS DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS NA INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

VASCONCELLOS, Thaís Freire de[1]
CAETANO, Matheus dos Santos[2]
IRINEU, Ana Carolina Chagas[3]
IACOMINI, Vanessa[4]

1 Advogada. Presidente da Comissão de Arbitragem da OAB/VR. Pós-Graduanda em Direito Processual Civil com ênfase em Direito Privado pela UFF. Graduada em Direito pela UFF. Membro do Grupo de Estudos em Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP/UFF). E-mail: *thais.f.vasconcellos@gmail.com*.

2 Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense (PUVR/ICHS). Membro do Grupo de Estudos em Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP/UFF). Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (GEMESC/UFF). Membro da Liga Acadêmica de Direito (UFF/VR). E-mail: *matheuscaetano70@gmail.com*.

3 Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (PUVR/ ICHS). Membra da Equipe de Estudos e Competição em Arbitragem (EARB/UFF). Membra do Grupo de Estudo e Pesquisa em Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (GEMESC/UFF). E-mail: *anac.chagasirineu@gmail.com*.

4 Mestre em Direito pela PUC-PR. Professora da Universidade Federal Fluminense (UFF-ICHS-VDI). E- mail: *vane_iacomini@hotmail.com*.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo realizar uma análise dos efeitos da ausência de recursos financeiros para a instauração do procedimento arbitral a partir da análise da legislação brasileira, de casos concretos e dos dados disponibilizados pelas principais câmaras arbitrais do país. Da análise, é possível afirmar que os custos para o início da arbitragem são (ou deveriam ser) considerados quando da escolha do instituto pelas partes, tendo em vista que os elevados custos poderão ser obstáculos ao desenvolvimento do procedimento. Se por um lado o Poder Judiciário não tem competência para julgar o conflito por força da convenção de arbitragem, por outro a parte impecuniosa que não pode dar início ao procedimento arbitral vê o seu direito à tutela jurisdicional restringido. A Lei de Arbitragem brasileira não traz previsão para estes casos, motivo pelo qual a possibilidade da insuficiência de recursos financeiros para a instituição da arbitragem ser causa para o afastamento do instituto ainda se mostra um estudo casuístico.

Palavras-chave: Poder Judiciário; Custas; Acesso à Justiça; Convenção de Arbitragem.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo promover uma breve análise acerca dos efeitos da insuficiência de recursos financeiros da parte na instauração do procedimento arbitral no Brasil.

A arbitragem tem ganhado cada vez mais relevância no país. De acordo com o relatório publicado pela Câmara de Comércio Internacional – ICC (2019), o Brasil é o país da América Latina com o maior número de partes envolvidas em arbitragens. Esse crescimento pode ser atribuído, além da insatisfação com o Poder Judiciário, às inúmeras vantagens que os métodos adequados de solução de conflitos vêm trazendo às partes, de modo que os jurisdicionados são influenciados a buscar outras formas de solução de conflitos que não a tradicional jurisdição estatal.

A arbitragem é método extrajudicial e privado de resolução de conflitos comumente instituído por meio da convenção de arbitragem firmada no momento da formação do negócio jurídico (cláusula compromissória) ou após a formação da lide (compromisso arbitral). Tal informação é importante, pois quando as partes escolhem a arbitragem como forma de solução de litígio, geralmente, estas estão em um cenário de negociação favorável. É o início da relação negocial e as partes possuem recursos e condições financeiras suficientes para administrar o conflito.

Entretanto, verifica-se que, na maioria dos casos, quando do surgimento do litígio o negócio jurídico não possui mais as mesmas condições iniciais. Muitas vezes, o litígio surge por uma série de inadimplementos contratuais, inclusive de ordem financeira, o que leva a parte a não ter recursos. Além disso, fatores externos podem influenciar a condição financeira das partes envolvidas e quando da instauração do procedimento arbitral as partes podem não ter mais os mesmos recursos financeiros do que quando da assinatura do instrumento.

Com efeito, se uma das partes enfrenta dificuldades financeiras e não possui fundos para a instauração da arbitragem ela poderia recorrer, excepcionalmente, ao Poder Judiciário? Ou será que a reserva financeira para instauração do método de solução de conflito escolhido se trata de um risco do negócio que deve ser suportado pela parte impecuniosa?

A partir desses questionamentos pretende-se responder se a dificuldade financeira de uma das partes é suficiente para afastar o cumprimento da convenção de arbitragem, sob a ótica dos princípios do acesso à justiça previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, do *pacta sunt servanda* estabelecido nos arts. 241 e 421-A do CC/02 e da autonomia da vontade das partes que fundamenta a validade da convenção de arbitragem.

2. METODOLOGIA

O presente trabalho desenvolve-se inicialmente pela pesquisa bibliográfica nacional. Também foi realizada pesquisa documental acerca da legislação pertinente e de casos concretos com base em decisões proferidas pelos tribunais brasileiros sobre o tema, bem como a análise dos dados disponibilizados nos sítios eletrônicos das principais câmaras arbitrais do país.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

O Direito, por muito tempo, limitou-se a utilizar o Estado como fonte total de solução e gestão de litígios. Em maior ou menor variação, os teóricos do processo descortinavam suas teorias com fundamento no organograma estatal. Em especial, Giuseppe Chiovenda (1965) conceituou a jurisdição como uma função exclusivamente estatal que visa à concretização da vontade da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos.

Tal concepção foi perpetuada pelo Código Civil de 1916 e na redação original do Código de Processo Civil de 1973, nos quais a via arbitral era tratada como mero compromisso no âmbito das formas indiretas de pagamento, além do fato de que o laudo arbitral dependia, para que executado fosse, de homologação judicial, transvestindo o Poder Judiciário de segunda instância do juízo arbitral (SCAVONE JR, 2018).

Com o aumento da demanda pela solução dos litígios, o Estado não mais tem sido capaz de suprir por conta própria o exercício exclusivo da jurisdição. Para tanto, os novos mecanismos de resolução de conflitos - tais como a arbitragem, a conciliação e a mediação - buscam adequar a garantia da tutela dos direitos bem como as particularidades percebidas pelas partes, sejam elas econômicas, legislativas ou sociais, em respeito à autonomia privada.

Hodiernamente, fala-se em um tribunal multiportas, que "oferecerá aos litigantes diversos métodos, sendo necessário que o operador saiba escolher aquele mais adequado ao caso concreto" (CARMONA, 2009, p. 33). Nesse diapasão, a arbitragem vem como meio adequado para a solução de conflitos, sendo um processo no qual as partes, por meio de pacto privado, delegam a um árbitro de confiança, o poder de decidir a lide, dentro dos limites estabelecidos previamente na convenção (BERALDO, 2014).

Leciona Luiz Scavone Jr. (2018, p. 01) que a arbitragem é "meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro". Assim, o conceito de

arbitragem gira em torno de quatro fatores principais: (i) meio de solução de conflitos; (ii) autonomia privada das partes; (iii) terceiro imparcial com poder de decisão; e (iv) coisa julgada material (FICHTNER, MANNHEIMER, MONTEIRO, 2019).

É nessa esteira que Pedro Batista Martins (2012) entende que a arbitragem não elide os meios processuais e ações garantidos na jurisdição ordinária. Ocorre mero deslocamento da jurisdição[5], pelo que, antes ordinária, passa a ser assegurada extrajudicialmente.

Verifica-se que, por inteligência do art. 1º da Lei 9.307/1996 (LArb), o conflito apto a ir para a arbitragem depende da capacidade de contratar das partes, além da presença de direitos patrimoniais disponíveis. Tal submissão ocorre mediante a convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (art. 3º da LArb). A autonomia da vontade é tanto um princípio quanto um pressuposto do processo arbitral (CARMONA; LEMES; MARTINS, 2017).

A cláusula compromissória é aquela inserida no instrumento contratual e é utilizada pelas partes que se comprometem a resolver eventuais conflitos futuros por arbitragem. Já no tocante ao compromisso arbitral, as partes submetem o litígio já existente à jurisdição arbitral (MUNIZ, 2017).

A doutrina costuma destacar alguns benefícios/vantagens da arbitragem, dentre elas destacam-se a: *(i)* a possibilidade de escolha do julgador com maior *expertise* para dirimir o conflito (art. 13, § 1º da LArb); *(ii)* o tempo de duração do procedimento arbitral, visto que o prazo para apresentação da sentença previsto na Lei de Arbitragem é de seis meses, podendo as Câmaras Arbitrais ou as partes convencionar de forma diversa (art. 23 da LArb); *(iii)* a flexibilidade, pois as partes podem acordar as regras que serão aplicáveis ao procedimento arbitral (art. 21, *caput,* da LArb); *(iv)* a confidencialidade, em que pese não ser obrigatória enquanto requisito de instauração do procedimento arbitral, é comum nas convenções de arbitragem e nos regulamentos das instituições; e, por fim, *(v)* a irrecorribilidade da decisão, uma vez que a sentença arbitral não é passível

5 Fredie Didier Júnior (2015) Carlos Alberto Carmona (2009), Pedro Baptista Martins (2008), Humberto Theodoro Junior (2005), Marcelo D. G. Vilella, Sálvio F. Teixeira (2005), Nelson Nery Júnior; Rosa Maria Andrade Nery (1997), Luiz Antonio Scavone Júnior (2018) e Francisco José Cahali (2018) defendem a arbitragem com natureza jurisdicional, sob o fundamento de que o Estado por meio de disposições legais conferir aos árbitros poderes para resolver os conflitos a eles submetidos. Além disso, entende-se que a sentença arbitral faz coisa julgada e, portanto, não pode ter o seu mérito reapreciado pelo Poder Judiciário. A coisa julgada é efeito típico da manifestação da atividade jurisdicional que é reconhecida na atuação do árbitro.

de recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (art. 18 da LArb) (BERALDO, 2014; FICHTNER, MANNHEIMER, MONTEIRO, 2019).

Entretanto, não somente as vantagens devem ser levadas em consideração quando da pactuação de uma convenção de arbitragem. Os custos para a instauração do procedimento também são (ou deveriam ser) avaliados ao optar pela instauração de um procedimento arbitral. Isso porque, a ausência de condições financeiras para arcar com os custos do procedimento põe em risco a utilização desse meio de resolução de litígios.

Sob essa perspectiva, o presente trabalho busca analisar as consequências jurídicas da insuficiência de recursos para instauração do procedimento arbitral. Se, por um lado, o Poder Judiciário está impedido de analisar o conflito existente por força da convenção de arbitragem, por outro, a parte insuficiente de recursos não consegue dar início a um procedimento arbitral e, portanto, se vê sem o direito à tutela jurisdicional.

Para efeitos dos resultados aqui perquiridos, importa compreender no que consiste e o que compõe as custas arbitrais, bem como sua dinâmica no bojo de um procedimento. A Lei nº 9.307/96 não estabeleceu expressamente o que seria os custos ou as despesas, uma vez que em seu texto ora utiliza despesas (art. 11, inciso V e art. 13, § 7º), ora custas e despesas (art. 27).

Recorrendo à Plácido e Silva (2004), observa-se que o vocábulo "custas" equivale às despesas e encargos fixados por lei. Despesas, por sua vez, são todos os gastos advindos do processo com peritos, avaliadores, diligências e outros encargos. Para Carlos Alberto Carmona (2009), enquanto custos consistem na remuneração dada às instituições arbitrais pelo trabalho administrativo que desempenham, as despesas representam os gastos necessários para a prática de atos processuais e com o patrocínio da causa. Já segundo Pedro Batista Martins (2008), as custas nada mais são do que todos os dispêndios envolvidos com o procedimento arbitral, e para Rodrigo Gabardo (2014, p. 28), as custas e as despesas se diferenciam, "essas indissociáveis da arbitragem e aquelas despendidas pelas partes para o patrocínio de sua causa".

Sobre o tema Thiago Cabral (2019, p. 57) define como despesas os valores suportados pela parte para sua correta representação no procedimento arbitral, bem como a importância paga na hipótese de eventual multa por litigância de má-fé e honorários sucumbenciais. As custas seriam, então, os valores despendidos para realização do procedimento, ou seja, os gastos com os honorários dos árbitros e os atos necessários para instauração da arbitragem.

De modo geral, os juristas, os acadêmicos e empresários geralmente têm a ideia de que o custo do procedimento arbitral é alto, principalmente quando se trata das instituições mais recorrentes. Isso porque, além do custo da instituição que faz a administração do procedimento, há os honorários dos árbitros, dos advogados ou representantes das partes, os custos com logística e deslocamento, custo com experts, entre outros.

Com efeito, o custo para iniciar uma arbitragem, incluídas taxas de registro, administração e honorários dos árbitros, é de valor nominal direto maior do que aquele preciso para ajuizamento de uma demanda judicial, conduzindo à ficção de que a arbitragem seria mais cara do que o processo judicial (FICHTNER, MANNHEIMER, MONTEIRO, 2019).

Verificando as tabelas de preço disponíveis no endereço virtual das principais câmaras arbitrais do país, percebe-se, de imediato, os elevados custos que as partes devem solver para litigar em arbitragem. Em endereço eletrônico, verifica-se que as taxas administrativas da Câmara de Mediação e Arbitragem Brasil CAMARB (2019) variam de R$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) a R$ 104.300,00 (cento e quatro mil e trezentos reais), a depender do valor estimado do conflito[6]. Os honorários dos árbitros, entre R$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais).

A Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP (2019), também em sítio eletrônico, fixa taxas de administração que variam entre R$ 10.000,00 (dez mil reais) e R$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais). Os honorários dos árbitros variam entre R$ 100.000,00 (cem mil reais) e R$ 497.780,00 (quatrocentos e noventa e sete mil, setecentos e oitenta reais).

No Conselho Arbitral do Estado de São Paulo CAESP (2019), as custas iniciais variam de acordo com o valor da causa, girando em torno de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) a R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), segundo tabelas virtuais. É factível que tal exame bruto dos custos afaste e desestimule o pequeno e médio empresário desse tipo de meio compositivo. Inserindo um valor da disputa equivalente à R$ 100.000,00 (cem mil reais) na plataforma de calculadora do CAM-CCBC (2019), a soma dos valores das taxas de registro, administração e honorários dos árbitros supera a própria quantia em R$ 74.625,00 (setenta quatro mil, seiscentos e vinte e cinco reais).

Por outro lado, a taxa judiciária para o ajuizamento de qualquer ação judicial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro será no valor máximo de R$ 39.340,96 (trinta e nove mil, trezentos e quarenta reais e noventa e seis centavos) (CGJ, 2020). Apesar de existirem outros valores

6 A Taxa de Administração da CAMARB é estabelecida conforme o valor do litígio submetido ao Tribunal Arbitral.

a título de custas que deverão ser arcados pelas partes ao longo do processo judicial, cabe destacar que dificilmente os custos pagos alcançarão as quantias exigidas pelas instituições arbitrais na instauração do procedimento.

É indiscutível que a utilização da jurisdição arbitral é elevadamente mais cara, quando analisada numericamente (EIZIRIK; WEBER, 2017). Logo, não é incomum imaginar que as custas e despesas com a arbitragem poderão ser um óbice a sua instauração, principalmente quando se vislumbra cenários em que a parte vive um cenário de impecuniosidade, ou seja, de ausência de recursos financeiros.

No Poder Judiciário, o jurisdicionado que não possui recursos financeiros possui outras formas de ter o seu acesso à jurisdição estatal assegurado. A Constituição Federal de 1988, por seu art. 5º, inciso LXXIV, estabelece que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita àqueles que não detém recursos financeiros, e o Código de Processo Civil de 2015 dispõe que a pessoa natural ou jurídica com insuficiência de recursos tem direito à gratuidade de justiça (arts. 98 a 102 do CPC/2015).

Referidos instrumentos permitem que o jurisdicionado acesse o sistema judicial sem ter que, naquele momento, arcar com as despesas processuais, tais como custas, taxa judiciária e honorários de advogado. A previsão está estritamente atrelada ao direito fundamental de acesso à justiça estabelecido no art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88[7]. Conforme ensina Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2007, p. 68) "o custo financeiro de um processo não pode inibir ou dificultar o acesso à justiça de quem quer que seja".

No entanto, em que pese o reconhecimento da importância desse direito fundamental, a gratuidade de justiça não é um sistema que se aplica aos procedimentos arbitrais, pois, quando da instituição da arbitragem as partes poderão convencionar sobre o direito e procedimento aplicável. Desse modo, na jurisdição privada, a parte detém ou deveria deter total conhecimento de que precisará arcar com os custos e despesas necessários para solução do seu litígio.

Nesse sentido, vale lembrar que os efeitos da insuficiência de recursos para a instauração do procedimento (impecuniosidade) não afastarão a convenção de arbitragem. A impecuniosidade não se confunde com insolvência, seja ela civil, seja ela comercial. Impecuniosidade é normalmente associada à situação em que uma pessoa física ou jurídica não detém recursos

7 Para Mauro Cappelletti e Brant Garth (1988, p. 31) os principais obstáculos a serem enfrentados para garantir o efetivo acesso à justiça, são a hipossuficiência econômica dos jurisdicionados, a utilização do procedimento adequado à controvérsia e à efetiva tutela coletiva.

suficientes para arcar seu ingresso num procedimento judicial ou arbitral. Insolvência, por sua vez, é normalmente associada à inexistência de recursos para adimplir com seus compromissos em sua totalidade (TRAIN, 2012).

Hodiernamente, o princípio da *kompetenz-kompetenz* do árbitro regulamentado pelo art. 8º, parágrafo único e art. 20 da LArb, estabelece como consequência da adoção da convenção de arbitragem, que os contratantes buscam afastar a intervenção judicial nos conflitos atuais ou futuros, entregando ao árbitro o poder de apreciar os litígios (GAILLARD, 2002). Permite-se, tão somente, a intervenção estatal em situações excepcionais para a concessão de medida cautelar ou de urgência (art. 22 – A da LArb), ou posteriormente ao proferimento da sentença arbitral para análise das hipóteses de nulidade da sentença arbitral (art. 33 da LArb).

Logo, o ordenamento jurídico nacional não prevê a revisão total da convenção de arbitragem por via judicial, sem que isso repercuta na inutilidade do próprio instituto jurídico elaborado para conferir a execução específica da cláusula compromissória (TIBURCIO, 2007).

Sob essa perspectiva, reconhecer à parte impecuniosa livre acesso ao Poder Judiciário pode levar ao desuso de todos os institutos jurídicos desenvolvidos para conferir eficácia à cláusula compromissória, visto que bastaria à parte recalcitrante alegar a invalidade desta para transportar a questão à apreciação da jurisdição estatal competente e impedir a análise do tribunal arbitral (TIBURCIO, 2007).

Para Clávio Valença Filho (2015) a ausência de recursos financeiros para instauração do procedimento arbitral afasta a execução da cláusula arbitral, uma vez que nestas hipóteses o juiz estatal deve relativizar o efeito negativa da convenção de arbitragem e admitir que as partes submetam o seu conflito a jurisdição estatal, sob pena de violação ao princípio do acesso à justiça.

Em posicionamento contrário, Napoleão Casado Filho (2017, p. 89) afirma que a impecuniosidade não é argumento capaz de afastar a convenção de arbitragem, tendo em vista que permitir tal entendimento esvaziaria o instituto por completo na medida em que o critério para a inexecução da cláusula é de difícil constatação. Portanto, defende que o Poder Judiciário somente pode intervir para ajustar os custos e despesas da arbitragem.

Sob outro aspecto, para Thiago Dias Delfino Cabral (2019) existe um conflito entre dois princípios: o acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CF) e a obrigatoriedade dos contratos *(pacta sunt servanda),* razão pela qual propõe o uso da boa-fé objetiva como princípio norteador da definição de impecuniosidade. Desse modo, impecuniosidade seria definida

como situação na qual uma parte não possui recursos financeiros para instauração ou prosseguimento do procedimento arbitral, mesmo após buscar o cumprimento da convenção de outras formas possíveis, em observância ao princípio da boa-fé objetiva.

Com efeito, analisando alguns dos pronunciamentos proferidos pelos Tribunais brasileiros não se vislumbra um posicionamento unânime sobre o tema. Após consulta realizada, poucos são os julgados que enfrentam questões como insuficiência de recursos para instauração da arbitragem.

Nesse sentido, destaca-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo já se posicionou no sentido de que a mera alusão ao elevado custo do procedimento arbitral não tem o condão de autorizar a flexibilização da convenção de arbitragem para submissão do conflito à jurisdição estatal. Neste caso, a própria hipossuficiência da parte foi questionada em razão do voluptuoso investimento realizado no contrato[8].

O julgado proferido na ocasião do *AgIn* 531.020-4/3-00 do TJSP, em que a agravante - Jackson Empreendimentos - visou reverter decisão de 1° grau que havia indeferido a habilitação de sentença arbitral como crédito, em virtude da indisponibilidade dos bens acarretada pela decretação de falência da agravada - Diagrama - o relator Pereira Calças, ao revés, deferiu a habilitação, consignando que superveniente regime concursal não impede o cumprimento de cláusula compromissória anteriormente pactuada[9].

Sob tal perspectiva, o desembargador José Roberto Betran no âmbito do *AgIn* 460.034-4/5-00 entendeu que a cláusula-compromissória, voluntariamente convencionada entre as partes, não poderia ser inviabilizada pela suposta e atual indisponibilidade dos direitos patrimoniais discutidos e, mesmo que o fosse, tal matéria, com legítima prioridade e adequação, deveria ser resolvida pelos árbitros[10].

A 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento do Recurso de Apelação nº 0018212-97.2015.8.19.0209, por unanimidade, concluiu pelo afastamento da cláusula compromissória,

8 TJ-SP - Apelação nº4010691-72.2013.8.26.0576, Relator: Fabio Tabosa, Data de Julgamento: 28/11/2016, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 30/11/2016.

9 Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP. Agravo de Instrumento n° 9044554-23.2007.8.26.0000 (531.020.4/3-00). Relator: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. Dj: 25.06.2008. Órgão julgador: Câmara Especial de Falências e Recuperação Judicial.

10 Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP. Agravo de Instrumento n° 9026023-20.2006.8.26.0000 (460.034-4/5-00). Relator: Des. José Roberto Bedran. Dj: 21.11.2006. Órgão julgador: 2a Câmara de Direito Privado.

sob o argumento de que deve ser garantido a parte que o conflito seja solucionado pelo Poder Judiciário, tendo em vista que a parte (Massa Falida) não detinha condições financeiras para instauração do procedimento arbitral[11].

In casu, entretanto, a magistrada entendeu que a arbitragem é naturalmente utilizada por questões de alto custo, de modo que se mostraria inviável aventar-se gratuidade de justiça no curso do procedimento arbitral. Desse modo, em nome do princípio da inafastabilidade da jurisdição, afastou-se a eficácia da cláusula compromissória, submetendo-se a parte ao juízo concursal sob o pálio da gratuidade de justiça, ante a hipossuficiência de recursos.

Não obstante tal dissidente julgamento, tendo em vista a tendência em admitir- se a eficácia da arbitragem em ocasiões de falência e recuperação judicial, por analogia, poderia admitir-se que a eficácia da arbitragem também se manteria em situações de impecuniosidade, dado que a base objetiva desta e dos regimes concursais é a mesma, isto é, a insuficiência de recursos financeiros, ora para instaurar a arbitragem, ora para dar continuidade à atividade empresarial.

Tal disposição se faz necessária, pois, se assim não o fosse, significaria dizer que a validade ou eficácia da convenção de arbitragem está sujeita *ad aeternum* a condições resolutivas, quer sejam, a eventual falta de capacidade negocial das partes ou a eventual indisponibilidade de direitos e ativos financeiros, o que não é razoável (BENEDUZZI; MELO, 2016).

As soluções que a doutrina e a jurisprudência reconhecem para a impecuniosidade na arbitragem se encampam de forma multifacetada. Primeiro, é necessário analisar se a impecuniosidade é *(i)* durante o curso do procedimento arbitral ou é *(ii)* anterior à arbitragem. Se anterior, faz-se necessário verificar se a parte buscará soluções de mercado ou soluções provenientes de uma administração jurídica da lide. Esse último caso, explorado pela doutrina, provê três vertentes identificáveis, quer sejam, *(i)* o afastamento da convenção de arbitragem, *(ii)* a sua manutenção ou *(iii)* sua adaptação (CARVALHO FILHO, 2017; VALENÇA FILHO, 2015; BRITO; CAMPOS, 2011).

Com efeito, verifica-se que há forte divergência no âmbito dogmático e jurisprudencial brasileiro, demandando o tema novos estudos e pesquisas adicionais a serem desenvolvidas.

11 TJRJ - Apelação nº 0018212-97.2015.8.19.0209, Relator: Fernanda Fernandes Coelho Arrabida Paes, Data de Julgamento: 16/12/2020, Terceira Câmara Cível.

4. CONCLUSÕES

Não existe no Brasil qualquer previsão legal que determine que a impecuniosidade é suficiente para declaração de ineficácia da convenção de arbitragem. Pelo contrário. O que se vislumbra é a clara divergência sobre o tema.

O que se pode afirmar é que a insuficiência de recursos para a instauração do procedimento arbitral não é, por si só, fundamento para ineficácia da convenção de arbitragem.

A verdade é que será necessário avaliar as circunstâncias de cada caso concreto para analisar se de fato existe esse cenário de impecuniosidade. Em caso positivo, na linha do que defende Thiago Dias Delfino Cabral (2019), deverá a parte comprovar que buscou *(i)* instrumentos financeiros para custear o procedimento; *(ii)* averiguar a possibilidade de financiamento da arbitragem por terceiros; e *(iii)* com a parte contrária uma solução para o conflito. Somente assim será possível garantir a observância da convenção de arbitragem, sob a ótica do princípio do acesso à justiça.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA MARTINS, Pedro A. Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. *Lei de Arbitragem.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.307%2C%20DE%2023,Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem.&text=Art.&text=%C2%A7%201%C2%BA%20Poder%C3%A3o%20as%20partes,costumes%20e%20%C3%A0%20ordem%20p%C3%BAblica. Acesso em 15.08.2020.

BRASIL - TJRJ. Apelação nº 0018212-97.2015.8.19.0209, Relator: Des(a). Fernanda Fernandes Coelho Arrabida Paes, Data de Julgamento: 16/12/2020, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 18/12/2020. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000493B082B97C4417998431927B06F1484EC50D5D394353&USER=>. Acesso em 25.03.2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP. *Agravo de Instrumento n° 9044554-23.2007.8.26.0000 (531.020.4/3-00).* Relator: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. Dj: 25.06.2008. Órgão julgador: Câmara Especial de Falências e Recuperação Judicial.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP. *Agravo de Instrumento n° 9026023- 20.2006.8.26.0000 (460.034-4/5-00).* Relator: Des. José Roberto Bedran. Dj: 21.11.2006. Órgão julgador: 2a Câmara de Direito Privado.

BENEDUZZI, Renato Resende; MELO, Leonardo de Campos. *A Reforma Da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem: nos termos da Lei n° 9.307/96.* São Paulo: Atlas, 2014.

BRITO, Cristiano Gomes de; CAMPOS, Sarah Couto. Os efeitos da onerosidade excessiva decorrente da hipossuficiência financeira superveniente na arbitragem. In: *Revista de Direito Privado.* Vol. 88, p. 136-161, arb. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Versão Eletrônica.

CABRAL, Thiago Dias Delfino. *Impecuniosidade e Arbitragem***:** uma análise da ausência de recursos financeiros para a instauração do procedimento arbitral. São Paulo: Quartier Latin, 2019

CAESP. Custas Arbitragem. *Tabela de Custas Arbitragem.* Disponível em: http://www.caesp.org.br/arbitragem/custas-arbitragem/. Acesso em: 22.08.2020.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2018.

CAM-CCBC. *Tabela de Despesas 2019 – atual.* Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/tabela-despesas- calculadora-2019/. Acesso em 22.08.2020.

CAMARB. *Tabela de Custas 2019.* Disponível em: http://camarb.com.br/arbitragem/tabela-de-custas-2019/. Acesso em 22.08.2020.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Ellen Gracie Northfleet (trad.) Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n° 9.307/96*. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz.* 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o novo paradigma do Third Party Funding.* Orientador: Cláudio Finkelstein. 2004 (230 f). Tese (Doutorado: Área de Concentração: Direito das Relações Econômicas Internacionais) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2004. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6676/1/Napoleao%20Casado%20Filho.pdf. Acesso em 22.08.2020.

CGJ. *Portaria CGJ nº 2.2882/2019***.** Disponível em: < http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/6944798/novas-custas-2020.pdf>. Acesso em 20.09.2020.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil.* Vol. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

CIESP/FIESP. Anexo I. *Tabela de Custas e Honorários dos Árbitros.* Disponível em: <http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/tabela-custas.html>. Acesso em: 28.08.2020. 2019.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico,* 24. ed., atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 172.

EIZIRIK, Nelson; WEBER, Ana Carolina. Notas sobre a arbitragem no mercado de capitais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.); LEMES, Selma Ferreira (Coord.); MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio Luiz*. São Paulo: Atlas, 2017.

FARIA, Marcela Kohlbach de. *Participação de Terceiros na Arbitragem.* Orientador: Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. 2019. (216 f). Tese (Doutorado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria Geral da Arbitragem.* Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GABARDO, Rodrigo Araújo. *A Insuficiência de Recursos Financeiros na Instauração da Arbitragem Comercial: Efeitos no Direito Brasileiro a partir de uma perspectiva comparada.* Orientador: José Augusto Fontoura da Costa. 2014. (160 f). Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-11122015- 084956/publico/Rodrigo_Araujo_Gabardo_Integral.pdf. Acesso em 22.08.2020.

GAILLARD, Emmanuel. *The negative effect of competence-competence*. Mealey's international arbitration report, january 2002, v. 17, n. 1.

INTERNATIONAL CHAMER OF COMMERCE (ICC). *ICC Dispute Resolution 2019 Statistics.* Disponível em: <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-celebrates-25000th-case-milestone-and-announces-record-figures--for-2019/>. Acesso em 22.08.2020.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em Números e Valores.* Oito Câmaras. 2 anos Período de 2017 (jan./dez.) a 2018 (jan./dez.) Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf. Acesso em 22.08.2020.

MARTINS, Pedro Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem.* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_. *Arbitragem no Direito Societário.* Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem***.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MATTOS, Maria Cecília Coelho. *O financiamento de arbitragem por terceiros como forma de proporcionar o acesso à justiça.* 2017. 77 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio

de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/8312/1/MCCMattos.pdf. Acesso em 22.08.2020.

NERY JÚNOR, NELSON; ANDRADE NERY, Rosa Maria. CPC Comentado e Legislação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SCAVONE Jr., Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação.* Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TEIXEIRA, Sálvio F. Arbitragem como Meio de Solução no âmbito do Mercosul e a Imprescindibilidade da Corte Comunitária. Revista Jurídica, 1997.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. III.

TIBURCIO, Carmen. O princípio da kompetenz-kompetenz revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão. LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; Martins, Pedro Batista. *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando de Silva Soares.* São Paulo: Atlas, 2007.

TIMM, Luciano; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo. Reflexões sobre uma Análise Econômica de Arbitragem no Brasil. In.: *20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz* / coordenação Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes, Pedro Batista Martins. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TRAIN, François-Xavier. *Impecuniosité et accés à la justice dans l'arbitrage international. Revue de l'arbitrage.* vol. 2012, issue 2. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, 2012.

VALENÇA FILHO, Clávio. Arbitragem e falência: o mito da inarbitrabilidade superveniente e a legitimidade da massa para o processo arbitral. In: *Revista de Direito Empresarial,* v. 12, p. 255-282, nov-dez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, Verão Eletrônica.

VILELA, Marcelo D.G. Reflexões Sobre a Tutela Cautelar na Arbitragem. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 7, 2005.

A MIGRAÇÃO DE IDEIAS CONSTITUCIONAIS NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA

SOARES, Milton Delgado[1]
BRAGA JÚNIOR, Getúlio N.[2]
CABREIRA, Thiago da S.[3]

1 Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2019), Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (2004) e graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1997). Professor de Direito Processual Civil da Graduação em Direito da Universidade Cândido Mendes no Rio de Janeiro. Criador do Canal Tópicos Especiais de Direito no YouTube e site a ele vincu- lado (www.topicosdedireito.com.br) para tornar o Direito Processual Civil e a Filosofia do Direito mais inclusivos. Lidera o Grupo de Pesquisa Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissio- nal com base no DGP/CNPq na Universidade Candido Mendes. Atua na linha de pesquisa Acesso à Justi- ça, Efetividade da Jurisdição e Análise Crítica do Sistema Processual. Coordenou a Coleção Tópicos de Direito publicada pela Editora Lumen Juris e autor da Obra intitulada Direito Processual Civil da citada coleção. Foi Procurador do Estado do Rio de Janeiro e, atualmente, é Juiz de Direito Titular da 1ª Vara de Família do Fórum Regional da Barra da Tijuca - Comarca da Capital - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

2 Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ – 2012); Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ – 2007); Graduado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ – 2007). Graduado em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF – 2000). É pesquisador integrante do Seminário de Filosofia Jurídica e Política IFCS/UFRJ sob o tema Fenomenologia da Justiça, do Direito e do poder – A questão dos fundamentos, atualmente em convênio com a EMARF/TRF 2a Região. Atua no magistério, pesquisa e extensão. É professor dos Cursos de Di- reito da Universidade Candido Mendes (UCAM), Universidade Estácio de Sá (UNESA) e do IBMEC (RJ). É professor Convidado da Escola Judiciária do TRT 1a Região. Lecionou no Centro Universitário Volta Redonda (UNIFOA) e na Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO). É pesquisador do Pro- grama Institucional de Pesquisa e Produtividade da UNESA e Pesquisador orientador no Programa Insti- tucional de Bolsas de Iniciação Científica na Universidade Estácio de Sá (PIBIC/UNESA). É pesquisador Orientador de Iniciação Científica UNESA/FAPERJ. É líder do Grupo de Pesquisa A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento no CNPq (IBMEC). Integra como pesquisador os Dire- tórios de Grupo de Pesquisa CNPq: Jurisdição, Constituição e Processo (UFF) e Justiça, poder e relações éticas na contemporaneidade (UNICEUMA). Os principais temas e estudos desenvolvidos em atuação envolvem a Filosofia contemporânea; Fenomenologia; Ética e Teoria dos Valores; Filosofia Política; Teoria da Justiça; História da Filosofia; Filosofia Prática; Filosofia do Direito e Teoria do Direito; Ciência Política; Teoria do Estado e Direito Constitucional.

3 Graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes (2019). Possui interesse no desenvolvimen- to de pesquisa na área do Direito Constitucional, especialmente no que

tange ao estudo dos direitos fun- damentais e das questões atinentes ao Direito Constitucional comparado, jurisdição constitucional, demo- cracia e ao neoconstitucionalismo. Integrante do Grupo de Pesquisa Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissional, vinculado à Universidade Candido Mendes, atuando na linha de pesqui- sa Acesso à Justiça, Efetividade da Jurisdição e Análise Crítica do Sistema Processual.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo geral discutir a legitimidade democrática da *Migração de Ideias Constitucionais*, entendida como a utilização de precedentes de Cortes Constitucionais estrangeiras pela Suprema Corte nacional, na fundamentação de suas decisões, especialmente em sede de *judicial review*. Para tanto, a partir do estabelecimento da premissa de que existe uma integração entre o Direito e a moralidade política dominante em cada período, o ensaio desenvolve uma abordagem indutiva da relação entre o fenômeno da globalização de informações e a prática da *Migração de Ideias Constitucionais*. Nesse contexto, pelo prisma de uma abordagem dialética da linha de pensamento *Originalista* de interpretação constitucional, adotada por Antonin Scalia, e da concepção do *Direito como Integridade*, elaborada por Ronald Dworkin, buscar-se-á, com fundamento na Integridade, afirmar a legitimidade democrática da *Migração de Ideias Constitucionais*.

Palavras-chave: Migração de ideias constitucionais; legitimidade democrática; originalismo constitucional; direito como integridade.

1. INTRODUÇÃO

A *Migração de Ideias Constitucionais* consiste em uma metáfora desenvolvida por Sujit Choudhry (2006), que abrange desde a influência que a Constituição de um país exerce sobre o processo de elaboração de novas constituições, em outros países, até a prática da utilização de precedentes de Cortes Constitucionais estrangeiras pela Suprema Corte nacional, na fundamentação de suas decisões.

O presente estudo se concentra justamente nesse segundo sentido da metáfora, tendo em vista que a prática suscita divergências entre juristas de diversos países, sendo inclusive o tema principal de um debate público entre Antonin Scalia e Stephen Breyer, ambos *Justices* da Suprema Corte norte-americana.

Qual a relevância de citar decisões de Cortes Constitucionais estrangeiras? Teriam as decisões citadas algum grau de vinculação em relação ao ordenamento jurídico interno? Questões como essas foram abordadas durante o debate entre Scalia e Breyer, havendo uma grande divergência interpretativa em relação não somente à prática, mas também em relação ao próprio conceito de Direito.

O desenvolvimento deste estudo decorre, portanto, da necessidade de fomentar o debate jurídico e aprimorar o tratamento dessa matéria. Para tanto, o artigo se divide em dois eixos que passaremos a apontar.

O primeiro busca estabelecer a premissa fundamental na construção argumentativa da hipótese deste trabalho, afirmando a existência de uma integração entre o Direito e a moralidade política dominante em cada período. Nesta senda, serão explorados, brevemente, dois contextos históricos onde há influência latente dos valores da moralidade política no Direito Constitucional.

O segundo eixo tem por objetivo, a partir do conhecimento difundido pelo debate entre os *justices* Antonin Scalia e Stephen Breyer, identificar a relação entre o fenômeno da globalização de informações – que tornou possível o compartilhamento de uma rede de valores da moralidade política contemporânea – e a *Migração de Ideias Constitucionais*.

Nesse contexto, com base nessa rede de valores e por meio de uma abordagem dialética entre a linha de pensamento *Originalista*, adotada por Antonin Scalia, e a concepção de *Direito como Integridade*, elaborada por Ronald Dworkin, o estudo busca analisar a legitimidade democrática da *Migração de Ideias Constitucionais*.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada na elaboração da pesquisa é de natureza básica estratégica e método qualitativo, se dividindo em duas etapas de investigação e tendo por questão central o seguinte problema: A *Migração de Ideias Constitucionais* é uma prática jurídica legitimamente democrática?

O primeiro eixo do estudo tem por base lógica de investigação a abordagem indutiva da influência, no Direito, da moralidade política dominante no contexto revolucionário norte-americano e no período pós-segunda guerra mundial. O critério utilizado para a escolha desses momentos particulares, bem como para o recorte temporal, foi a sua importância histórica, reconhecida doutrinariamente para o desenvolvimento do Direito Constitucional.

O segundo eixo busca analisar a legitimidade democrática da *Migração de Ideias Constitucionais* por meio de uma abordagem dialética entre o *Originalismo* adotado por Antonin Scalia e a concepção de *Direito como Integridade*, elaborada por Ronald Dworkin. O procedimento investigativo foi realizado por meio de fontes bibliográficas e documentais.

A hipótese que se pretende verificar com o desenvolvimento do estudo é da legitimidade democrática da *Migração de Ideias Constitucionais*, quando entendida como um elemento persuasivo da argumentação jurídica inserta na fundamentação das decisões das Cortes Constitucionais.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 Apontamentos sobre a relação entre a moralidade e o direito

Tendo em vista a necessidade de estabelecer, por meio de uma abordagem indutiva, a premissa norteadora da construção teórica argumentativa deste estudo – que afirma a existência de uma integração entre o Direito e a moralidade política dominante em cada época – é imperiosa a exploração de dois momentos históricos especiais.

Não obstante as origens mais remotas do constitucionalismo[4], o presente estudo busca por uma concepção mais recente desse arranjo responsável por conter o poder estatal. O primeiro momento a ser brevemente abordado remonta, nessa linha, ao século XVIII, inserto no contexto revolucionário norte-americano.

4 Que encontra abrigo nas concepções medievais de busca por limitação do poder, influenciadas por uma visão de mundo essencialmente ligada a filosofia escolástica, como deixa consignado Gustavo Bi- nenbjom (2014).

Com forte influência dos ideais iluministas e do jusnaturalismo[5], os valores liberais de igualdade, de proteção da propriedade e de liberdade estiveram presentes no imaginário dos revolucionários antes mesmo da elaboração da primeira Constituição.

Como anota Luís Roberto Barroso (2019), a Revolução Americana teve um duplo sentido. Por um lado, tornou possível a ruptura entre as treze colônias inglesas e a Coroa britânica, anunciada na Declaração de Independência de 1776[6]; por outro, alinhada à própria fragilidade política da Confederação norte-americana[7], como forma de governo, propiciou um terreno fértil para a elaboração da primeira Constituição escrita do mundo moderno, ratificada em 1788, e que desde a primeira hora caracterizou-se por sua dimensão jurídica, com a possibilidade de aplicação direta pelo Poder Judiciário.

A Constituição dos Estados Unidos da América, produto de uma energia política em estado puro, juridicizou os valores centrais que animaram toda a Revolução, criando técnicas de proteção da liberdade e da propriedade dos cidadãos e, em alguma medida, regulando o processo representativo e limitando o poder estatal.

Assim, a moralidade política dominante naquele período, que abrigava valores liberais, influenciou de maneira decisiva na elaboração do conteúdo material e axiológico da primeira Constituição escrita do mundo moderno, a Constituição dos Estados Unidos da América.

A segunda relação de integração a ser explorada neste estudo se deu no período pós-Segunda Guerra Mundial, a partir da influência, no Direito Constitucional, da grande alteração institucional promovida por diversos países, especialmente na Europa continental, visando que as brutalidades ocorridas durante a Segunda Guerra não se repetissem.

---

5 Essa influência encontra-se presente, como apontado por Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2017), inclusive na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América.

6 Episódios como o Massacre de Boston e o *Boston Tea Party* agravaram uma situação que, após a imposição de sanções inglesas conhecidas como atos intoleráveis, tornou-se inaceitável. Esse contexto de exacerbação na utilização do poder pela Coroa inglesa deu origem ao movimento revolucionário que, em última análise, culminou na Declaração de Independência de 1776, e nos Artigos da Confederação, apro- vados em 1778 (BARROSO, 2019).

7 Sobretudo por ser uma estrutura que contava apenas com a instituição do Congresso, representativo dos 13 Estados, porém sem muita ingerência sobre eles, dado o alto grau de autonomia preservado por cada ente.

Ao abordar a influência desse período histórico no Direito Constitucional, o professor Daniel Sarmento (2009) observa que as maiorias políticas podem, muitas vezes, perpetrar barbáries, sendo necessária a instituição de mecanismos eficazes de controle do poder político e da proteção dos direitos fundamentais contra as maiorias sazonais.

Nessa senda, a partir da introdução de novas dinâmicas de poder e de interdependência política entre as nações, com a conformação de uma nova ordem mundial no segundo pós-guerra, o Direito Constitucional, ao mesmo tempo em que acompanhou as mutações dessas relações, foi chamado a buscar novas maneiras de cumprir seu papel limitador do poder estatal e de proteção dos direitos fundamentais.

Dentre os esforços constitucionais, é possível citar o reconhecimento da Supremacia da Constituição, com a possibilidade de invalidação das leis contrárias aos seus mandamentos, bem como a reaproximação entre o direito e a moral, que teve por pano de fundo axiológico a necessidade de maior densificação dos valores da liberdade, da igualdade e da dignidade humana.

É forçoso reconhecer, portanto, que em alguma medida, o Direito Constitucional se relaciona com as configurações do arranjo entre o poder estatal e a política, sendo certo que as Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais, no exercício da jurisdição constitucional, são sensivelmente influenciadas e reagem a essas mutações na dinâmica poder-política.

Com base nessa integração, onde os valores da moralidade política dominante têm a capacidade de promover profundas mudanças na interpretação do Direito, torna-se possível a identificação, por meio de uma abordagem indutiva, de uma relação entre a difusão do modelo democrático entre os países ocidentais, a globalização de informações e a prática da *Migração de Ideias Constitucionais*.

Com efeito, a partir das transições democráticas em diversos países europeus, o mundo assistiu a uma progressiva difusão desse regime de governo (FUKUYAMA, 2018), acompanhado da exigência de uma maior proteção de valores como a liberdade e a igualdade. Esse cenário tornou possível a formação de uma rede abstrata de valores da moralidade política, que potencializada pelos influxos da globalização, deu origem ao surgimento de questões semelhantes em países diversos.

Matérias como o financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas e a liberdade de expressão[8], o ensino religioso em escolas

8 A Suprema Corte norte-americana, nos anos de 2009 e 2010, debruçou-se sobre a temática do financi- amento eleitoral por pessoas jurídicas, no caso *Citizens United*

públicas e a laicidade estatal[9], são judicializadas e decididas, em caráter final, pelas Cortes Constitucionais de diversos países democráticos como o Brasil, os Estados Unidos da América e a Alemanha.

É natural, nesse contexto de globalização das informações, que haja algum intercâmbio de ideias entre as Cortes Constitucionais desses países que, independentemente das diferenças sociais, históricas ou mesmo entre sistemas jurídicos[10], compartilham a ampla aceitação da igualdade, da liberdade e da democracia[11].

Não obstante todo esse cenário de integração, a *Migração de Ideias Constitucionais*, na qualidade de prática jurídica, teve sua legitimidade democrática discutida nas últimas décadas, sendo o *Justice* Antonin Scalia um dos maiores expoentes na crítica da citação de decisões estrangeiras na fundamentação do *judicial review*[12].

---

v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310, reconhecendo, por maioria de 5 votos, a possibilidade de financiamento eleitoral de campanha pra pessoas jurídicas, com fundamento na liberdade de expressão inserta na primeira emenda constitucional. No Brasil, a questão foi decidida em 2015, na Ação direta de inconstitucionalidade 4.650, de relatoria do Ministro Luiz Fux. A ação foi julgada procedente para a declaração de inconstitucionalidade parcial de dispositivos da Lei 9.504/97, que permitia a possibilidade de doação, por pessoas jurídicas, às campanhas eleitorais. Com efeito, a decisão da Suprema Corte norte-americana foi citada na fundamentação do acór- dão do Supremo Tribunal Federal.

9 No Brasil, a questão foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da Ação direta de inconstitu- cionalidade 4.439, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, sendo o relator para o acórdão o Minis- tro Alexandre de Moraes. Constam, no inteiro teor do acórdão, diversas citações à decisões de Cortes Constitucionais estrangeiras, como do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*1BrV 241/66*); Suprema Corte norte-americana (*West Virginia State Board Education v. Barnette, 319, U.S 624, 1943*); do Tribu- nal Constitucional Português (*Acórdão 423/87*) dentre outras.

10 Principalmente no que toca aos sistemas do *Common Law* e do *Civil Law*.

11 Ainda que possa ser considerado um argumento pragmático, é importante ressaltar a sua força, tendo em vista que foi consignado, inclusive, pelo *Justice* Stephen Breyer em seu debate com Antonin Scalia. Para Stephen Breyer, a similaridade entre as questões levadas aos Tribunais, bem como a difusão do mo- delo democrático, tornam a *Migração de Ideias Constitucionais* cada vez mais uma prática de aprendiza- do e cooperação entre Cortes Constitucionais de diferentes países (DORSEN, 2005).

12 O termo *judicial review* se refere à atribuição da Suprema Corte, especialmente no contexto norte- americano, de examinar a compatibilidade entre os atos dos Poderes Executivo e Legislativo e a Consti- tuição.

3.2 A dimensão democrática da migração de ideias constitucionais

Para que se possa fazer uma análise da legitimidade democrática da *Migração de Ideias Constitucionais*, é preciso abordar, ainda que brevemente, algumas linhas interpretativas.

Nessa senda, a primeira linha de interpretação do Direito a ser abordada constitui o lastro teórico da crítica de Antonin Scalia, que considera a *Migração de Ideias Constitucionais* uma prática jurídica que dá margem a uma atitude ativista da Suprema Corte, sendo, portanto, ilegítima[13]. Scalia observa, no contexto de seu debate com o *Justice* Stephen Breyer, que:

> ela [a Migração de Ideias Constitucionais] se presta à manipulação. É um convite à manipulação. […] Não posso citar uma opinião americana anterior porque estou rejeitando dois séculos de prática. Não posso citar as leis do povo americano porque, na verdade, apenas dezoito dos trinta e oito estados que têm pena de morte dizem que o júri não é competente se a pessoa é mentalmente deficiente. Então, meu Deus, o que vou usar? […] Eu tenho uma decisão de um homem inteligente no Zimbábue, ou de qualquer outro lugar, e você coloca lá e dá a citação. Por Deus, parece como advogar. E se presta à manipulação. Apenas se presta. [14] (DORSEN, 2005, p. 531)

Essa dura crítica de Scalia tem por base a linha de pensamento do *Originalismo* constitucional. Para essa corrente de interpretação, o juiz deve se debruçar sobre o sentido original do texto constitucional, bem como sobre a prática jurídica historicamente considerada.

Se a norma não puder ser extraída com base nesse procedimento, então a Suprema Corte deve adotar uma postura de autocontenção frente as deliberações ou a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, tendo em vista que o sentido e alcance atribuídos originalmente às normas constitucionais somente podem ser alterados por meio do procedimento formal de Emenda à Constituição (SCALIA, 2018).

13 Scalia anota que, para o *Originalismo*, os únicos materiais estrangeiros que podem ser levados em consideração na fundamentação das decisões da Suprema Corte norte-americana, são aqueles do Antigo direito britânico (*old English law*), tendo em vista que o direito britânico influenciou o próprio conteúdo axiológico e material da Constituição norte-americana. Assim, como o *originalismo* pauta pela interpreta- ção da constituição como era interpretada à época de sua estruturação, o antigo direito britânico pode figurar como exceção (DORSEN, 2005).

14 Tradução livre. N.A.

Não obstante o aumento considerável da segurança jurídica das normas, o *Originalismo* revela-se insuficiente na promoção e proteção da igualdade, da liberdade e da democracia substantiva, por permitir que a moralidade política dominante no século XVIII, no caso da Constituição norte-americana em sua redação original, continue pautando a interpretação das normas e práticas jurídicas no século XXI.

Com efeito, os valores da moralidade política dominante em 1790, onde o número de membros que comporiam a *House of Representatives*[15] era obtido a partir de um censo populacional que contava um escravo como 3/5 de uma pessoa, por exemplo, eram bem diferentes dos valores compartilhados em 1868, quando a XIV emenda à Constituição garantiu o direito de voto aos grupos minoritários.

A moralidade política no cenário atual é completamente diferente desses dois momentos. Já avançado duas décadas no século XXI, em um contexto político e social fortemente influenciado pela globalização, pode-se falar, ao menos abstratamente, em uma rede de valores da moralidade política contemporânea, que incluem a ampla aceitação de direitos liberais como a liberdade, a igualdade e o devido processo legal, compartilhada entre as democracias ocidentais.

Torna-se imperioso, portanto, buscar uma interpretação do Direito que melhor realize os valores contemporâneos. A segunda linha de pensamento utilizada para compor a dialética do estudo aborda justamente esse ponto. Trata-se da concepção de *Direito como Integridade*, desenvolvida por Ronald Dworkin, que promove uma aproximação entre o Direito e a moral.

Para Dworkin (2011), qualquer análise em direito deve ser feita de forma integrada, pressupondo uma coerência com os valores morais da liberdade e da igualdade. A partir desses valores, o autor desenvolve as condições de legitimidade dos atos estatais, sendo certo que para satisfazer essas condições, tais atos devem refletir os princípios de igual respeito e consideração pela vida de todos os membros da sociedade.

Essas condições são explicitadas, por Luís Roberto Barroso, na ocasião em que se debruça sobre o estudo do papel contramajoritário das Cortes Constitucionais, deixando consignado a importância da demonstração desses valores em uma democracia substantiva:

15 O Poder Legislativo dos Estados Unidos da América adota o sistema bicameral, dividido em Câmara baixa e Câmara alta, sendo representadas, respectivamente, pela Casa dos Representantes e pelo Senado.

> Um desses valores fundamentais é o direito de cada indivíduo a igual respeito e consideração, isto é, a ser tratado com a mesma dignidade dos demais – o que inclui ter os seus interesses e opiniões levados em conta. A democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça. É isso que a transforma, verdadeiramente, em um projeto coletivo de autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás. (BARROSO, 2018, p. 156)

Em relação ao Poder Judiciário, a satisfação dessas condições de legitimidade, especialmente pelas Cortes Constitucionais no âmbito do exercício da *judicial review*, é feita não somente pela avaliação do mérito da decisão ou de seu impacto no mundo real, mas também por meio da análise da argumentação jurídica inserta em sua fundamentação, que deve ser construída e pautada pela observância dos deveres de coerência e integridade[16], delineados por Dworkin (2014).

Nessa senda, as questões sensíveis levadas ao crivo do Judiciário devem ser decididas com base em uma estrutura coerente, onde os precedentes relacionados à mesma matéria devem ser levados em consideração, havendo, contudo, a possibilidade de uma interpretação distinta, desde que seja demonstrado, argumentativamente, que as motivações das decisões pretéritas não espelham mais os valores que formam a moralidade contemporânea.

A ideia central dessa estrutura é dar continuidade ao processo interpretativo da norma, considerando-a como uma obra inacabada. Dworkin esclarece esse procedimento interpretativo por meio de uma comparação com a construção de uma obra literária, traduzida na seguinte metáfora:

> Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. (DWORKIN, 2014, p. 276)

16 É interessante pontuar que os deveres de integridade e coerência foram introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do artigo 926, do Código de Processo Civil, ao prescrever que os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente (STRECK, 2015).

Assim, ao considerar a citação persuasiva de um precedente estrangeiro na fundamentação das decisões, a partir de um processo interpretativo continuado das normas, os juízes constitucionais devem observar a compatibilidade da decisão estrangeira com ordenamento jurídico, prezando por sua integridade, bem como analisar a coerência da decisão citada com os precedentes da Corte Constitucional nacional.

A análise e a observância desses deveres, durante o processo de migração de um precedente estrangeiro, são fundamentais para que se possa, argumentativamente, demonstrar igual respeito e consideração por todos os indivíduos potencialmente impactados pela decisão, tendo em vista que, em uma democracia, como deixa anotado Luís Roberto Barroso, "a motivação e a argumentação constituem matéria prima da sua atuação e fatores de legitimação das decisões judiciais." (BARROSO, 2018, p. 158 – 159).

É natural que, no atual cenário de intenso intercâmbio de informações e experiências, juízes constitucionais[17] tenham acesso a materiais jurídicos nacionais e estrangeiros, que podem ser utilizados para auxiliar no processo de construção da argumentação jurídica e fundamentação das decisões em casos que são semelhantes justamente por derivarem de uma rede de valores compartilhada entre diversos países democráticos, que aceitam abertamente a liberdade e a igualdade.

A *Migração de Ideias Constitucionais* surge, nesse contexto, não como uma forma de imposição da concretização de valores feita por países que possuem diferentes histórias ou sociedades, como entende Antonin Scalia, mas sim como um dos elementos persuasivos da argumentação jurídica em razão da própria integração do Direito à moralidade política dominante, compartilhada pela maior parte dos países democráticos ocidentais.

É justamente nesse ponto de interseção entre os valores compartilhados contemporaneamente e a similitude dos temas decididos pelas Cortes Constitucionais de diversos países que sustenta-se a legitimamente democrática da *Migração de Ideias Constitucionais* – quando utilizada na fundamentação das decisões em casos difíceis –, e desde que seja observada a integridade e coerência do ordenamento jurídico nacional, bem como seja demonstrado, argumentativamente, os valores de igual respeito e consideração pela vida de todos os membros da sociedade.

17 Em breves considerações, pode-se afirmar que o controle judicial de constitucionalidade é dividido em dois modelos, um difuso, onde todos os juízes têm competência para examinar a constitucionalidade dos atos normativos, e um modelo de controle concreto, onde uma instituição específica é incumbida de realizar essa análise. No Brasil, optou-se pelo modelo misto, onde o controle de constitucionalidade pode ser realizado pela via incidental (modelo difuso) ou por Ação direta (modelo concentrado)

4. CONCLUSÕES

Diante do estabelecimento da premissa de que existe uma integração entre o Direito e a moralidade política dominante em cada período, a partir da exploração do contexto revolucionário norte-americano que, ao fim e ao cabo, deu origem à primeira Constituição escrita do mundo moderno, e das alterações institucionais promovidas por diversos países europeus no período pós-Segunda Guerra Mundial, o estudo desenvolveu, por uma abordagem indutiva, uma terceira relação de integração.

Nessa esteira, afirmou-se que o fenômeno da globalização de informações, a partir da difusão de uma rede de valores contemporâneos, tornou possível um intenso intercâmbio de informações e experiências entre juízes constitucionais que se debruçavam sobre questões semelhantes, derivadas de uma base de valores comuns, dando origem, dessa forma, a prática da *Migração de Ideias Constitucionais*, quando necessária para a resolução de casos difíceis.

A partir de análise do pensamento *Originalista* e da concepção de *Direito como Integridade* no contexto da citação de precedentes estrangeiros, o artigo conclui que a *Migração de Ideias Constitucionais* é uma prática jurídica legitimamente democrática – quando utilizada na fundamentação das decisões em casos difíceis – e desde que seja observada a integridade e coerência do ordenamento jurídico nacional, tendo em vista que o direito é direcionado à garantia de que os indivíduos em geral gozem de igual consideração e respeito no mundo inteiro, sendo tal entendimento decorrente das lições de desumanidades deixadas pelas duas Grandes Guerras Mundiais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do supremo tribunal fede- ral*. 1ª Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. C*urso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BINENBJOM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Reno- var, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 4.650/DF (Plenário)*. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de publicação dje 24/02/2016 – ata nº 16/2016. Dje nº 34, divulgado em 23/02/2016. Disponível: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4136819. Acesso em: 31/03/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 4.439/DF (Plenário)*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Relator para o acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Data de publicação dje 21/06/2018 – ata nº 94/2018. dje nº 123, divulgado em 20/06/2018. Disponível: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3926392. Acesso em: 31/03/2021.

CHOUDHRY, Sujit. *The migration of constitutional ideas*. New York: Cambridge Uni- versity Press, 2006.

DORSEN, Norman. The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: a conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer, in: *International Journal of Constitutional Law*, volume 3, issue 4, october 2005, p. 519–541.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FUKUYAMA, Francis. *Ordem e decadência política*: da revolução industrial à globalização da democracia. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. 1a ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2018.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*: Federal Courts and the law. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 52 Número 206 abr./jun. Brasília, 2015.

O NEOCONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E ACESSO À JUSTIÇA

VINHOSA, Gabriel Peixoto[1]
NETTO, Antonio Fernandes de Oliveira[2]

1 Estudante de Direito, UNESA-RJ. Estagiário do Ministério Público Federal. E-mail: gabrielpeixoto10.gp@gmail.com.

2 Doutorando do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá na linha de pesquisa de Acesso à Justiça e Efetividade do Processo (PPGD-UNESA). E-mail: anfonetto@gmail.com.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar os direitos fundamentais processuais do devido processo legal e acesso à justiça, em suas dimensões formal e substantiva, dentro da perspectiva neoconstitucional e as implicações decorrentes de uma leitura pós-positivista de Direito. A relevância temática do trabalho justifica-se na medida em que a compreensão do referido paradigma teórico possibilita uma visão crítica quanto às consequências práticas sentidas na ambiência processual contemporaneamente. Os resultados levantados indicam que o Neoconstitucionalismo necessita de amadurecimentos teóricos, incluindo reflexões acerca da dimensão argumentativa do Direito e a busca pela concordância prática entre as dimensões formal e substantiva dos direitos.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Devido Processo Legal; Acesso à Justiça.

1. INTRODUÇÃO

A reconstitucionalização da Europa, no contexto do segundo pós-guerra, operou- se a partir da aproximação das ideias do constitucionalismo e da democracia, dando azo a uma nova forma de organização estatal: o Estado Democrático/Constitucional de Direito.

A construção do referido modelo estatal envolveu debates teóricos e filosóficos acerca da dimensão formal e material dos direitos, bem como da própria noção e extensão do conteúdo da democracia.

Com isso, o Constitucionalismo pós-positivista ganhou força como paradigma jurídico majoritário em diversos países, inclusive o Brasil, operando significativas modificações na forma como se trabalha o fenômeno jurídico.

Assim que, direcionando a pesquisa ao sistema constitucional--processual brasileiro e enfatizando a visão da doutrina brasileira acerca do tema, busca-se compreender a maneira pela qual os direitos ao devido processo legal e acesso à justiça tem sido interpretados no sistema jurídico brasileiro a partir da perspectiva Neoconstitucional e o impacto produzido pelo referido paradigma jurídico no processo civil.

Com o intuito de atingir tal objetivo, iniciaremos o trabalho analisando os marcos teóricos-filosóficos que definem o paradigma Neoconstitucional. Em seguida, passa-se ao estudo das dimensões formal e material do devido processo legal e acesso à justiça, para depois colacionar algumas das críticas doutrinárias direcionadas ao Neoconstitucionalismo e a sua repercussão à tais direitos fundamentais processuais. Por fim, serão tecidas algumas considerações que servirão de norte para o prosseguimento da pesquisa, que seguirá a partir de um foco de análise precipuamente jurisprudencial.

2. METODOLOGIA

O presente trabalho foi desenvolvido a partir de uma pesquisa qualitativa, sendo que seus objetivos são fundamentalmente descritivos, embora com pretensões explicativas em certas abordagens. A investigação se utilizou também do método dialético, sendo que os procedimentos metodológicos para coleta de dados e formação de fundamentos teórico-jurídicos foram fundamentalmente as pesquisas doutrinárias e constitucional-legislativa.

3. O NEOCONSTITUCIONALISMO E SEUS MARCOS TEÓRICO-FILOSÓFICOS DEFINIDORES

A expressão Neoconstitucionalismo foi consagrada em meados da década de 90, tendo-se tornado o termo unificador de linhas teóricas heterogêneas, mas que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, acerca do fenômeno jurídico na contemporaneidade e das mudanças na Teoria do Estado e na dogmática constitucional, ocorridas, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial.

O vocábulo, como dito, não possui um significado homogêneo. Trata-se de um rótulo genérico que abarca uma miríade de autores e teorias, cada qual com particularidades teóricas que impedem, *a priori*, uma unidade conceitual, em que pese haja características comuns ao pensamento neoconstitucional.

Nesse sentido, salutar é a lição do professor Marcelo Machado Lima (2014, p. 143-144) que aduz para o fato de que o Neoconstitucionalismo pode ser compreendido mais adequadamente como uma espécie de mosaico de concepções teóricas de ordem constitucional, político e judicial cujo objetivo não se esgota em apenas superar a dialética positivismo-jusnaturalismo, mas também o próprio Constitucionalismo liberal dos Séculos XVIII e XIX, enfatizando o conteúdo normativo da Constituição e sua garantia jurisdicional.

Daniel Sarmento (2009, p. 3) observa que as teorias neoconstitucionalistas buscam construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos ocorridos após a Segunda Guerra Mundial, em substituição àquelas do positivismo[3] tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade.

As Constituições surgidas após a Segunda Guerra adotaram modelos marcados pelo pluralismo axiológico e dirigismo estatal, caracterizando-se, outrossim, pela abertura e indeterminação semântica- em grande parte através das normas principiológicas- e o fortalecimento da jurisdição constitucional como mecanismo de proteção aos direitos fundamentais e limitação do poder estatal.

3 O presente trabalho não terá como desiderato trabalhar as diferenças entre os diversos positivismos. Portanto, ao falar de juspositivismo, abordaremos de forma genérica, em especial baseado em alguns conceitos que são objeto de críticas pela doutrina pós-positivista, como: excessiva valorização da segurança jurídica; epistemologia cientificista desconexa com o complexo fenômeno jurídico, valorizando uma objetividade inalcançável; privilégio dado à dimensão formal dos direitos em detrimento da dimensão material-axiológica.

Nesse contexto, rompe-se com a tradição europeia[4,5] de tomar a Carta Maior como um documento político, sem a normatividade necessária para subordinar a atuação do Parlamento e da Administração Pública. A Constituição adquire status de norma jurídica, passando a condicionar não apenas formal, mas, principalmente, materialmente a validade das normas jurídicas, irradiando seus valores e fins para todo o ordenamento jurídico, consagrando, assim, o Estado Constitucional de Direito.

Desse modo, o Neoconstitucionalismo defende um sistema jurídico constitucionalizado, no qual o teor axiológico da Carta Fundamental não encontra barreiras na legalidade infraconstitucional, tampouco na discricionariedade política e administrativa das instituições democráticas constituídas.

De forma sumária, pode-se dizer que o Neoconstitucionalismo é o paradigma jurídico no qual, assentado em uma perspectiva pós-positivista, defende a reaproximação entre Direito e moral e tem como objetivo a atribuição de eficácia positiva (GOES, 2016, p. 364-365) às disposições normativas contidas na Lei Fundamental, sendo norteado pelas noções de Força Normativa da Constituição (HESSE,1991), supremacia (BARROSO, 2020, p. 98) e rigidez constitucional (GOES, 2016, p. 3-14).

Para tanto, o Constitucionalismo pós-positivista empreende leitura substantiva do princípio democrático e da separação de poderes, apostando no ativismo judicial como principal mecanismo de defesa de valores constitucionais, legitimando amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias. (SARMENTO, 2009, p. 4).

Dessarte, as vertentes pós-positivistas verificam a impotência do legislador democrático em acompanhar a complexidade das sociedades pós-modernas, reconhecendo, assim, que deve haver um compartilhamento da produção normativa entre o julgador e o legislador[6].

---

4 Deve-se ter em mente que o conceito de constituição normativa, em que pese desconhecido pela realidade europeia antes da segunda metade do século XX, já era consideravelmente difundido no cenário constitucional estadunidense, que já trabalhava com o controle difuso de Constitucionalidade desde o paradigmático caso Marbury vs Madison, de 1803.

5 Impende destacar que a grande maioria das Constituições surgidas após a Segunda Guerra Mundial distanciaram-se do modelo de Constitucionalismo liberal e sintético adotado pelos Estados Unidos, adotando um paradigma constitucional dirigente, substantivo e analítico. Era necessário, nesse contexto, a salvaguarda de direitos pela Lei Maior tendo em vista a desconfiança nutrida acerca das maiorias políticas e da atuação legislativa *lato sensu*.

6 Trata-se daquilo que Shapiro atribuiu como "gerenciamento de confiança", que seria o *quantum* de poder deliberativo a ser confiado pelo Poder Legislativo ao Judiciário que

Com efeito, o foco pós-positivista aponta para a direção da construção de instrumentos metodológicos capazes de subsidiar o juiz na construção de normas prescritivas e solucionar casos não previstos pelo legislador (LIMA, 2014, p. 138).

Ademais, a proposta neoconstitucional é a de que o sistema jurídico deva ser predominantemente relacionado a uma lógica de princípios- em detrimento de um sistema predominantemente marcado por regras-, justificando, assim, a presença da dimensão valor na análise jurídica (LIMA, 2014, p. 154-155).

Desse modo, pode-se afirmar que o pós-positivismo almeja proporcionar maior ênfase à análise social e histórica dos fenômenos jurídicos, buscando harmonizar as dimensões substancial e formal de justiça (LIMA, 2014, p. 133-134).

Entretanto, em que pese considerarem intrínseca a relação entre direito e moral- *conditio sine qua non* para o atingimento da justiça substantiva-, as concepções neoconstitucionalistas não promovem a defesa de um antiformalismo, tampouco o apelo a categorias metafísicas; as respostas às demandas jurídicas devem ser encontradas no interior do próprio ordenamento jurídico (LIMA, 2014, p.151), ainda que sob a forma de princípios implícitos.

Desse modo, a hermenêutica jurídica neoconstitucional incorporou um conjunto de novas categorias com o desiderato de manejar um sistema jurídico constitucionalizado, e que contêm comandos normativos aparentemente contraditórios entre si, noção imanente às vicissitudes das sociedades pluriculturais.

Assim, tornou-se necessário a adoção de uma gama de técnicas interpretativas complexas, precipuamente voltadas para lidar com os *hard cases*[7] (BARROSO, 2020, p. 299), que têm como corolário conceder às esferas judiciais a possibilidade de uma atuação bastante alargada ao intérprete (LIMA, 2014, p. 150-151).

Portanto, os métodos interpretativos evoluíram e adaptaram-se às especificidades inerentes à interpretação das normas constitucionais, sobretudo com relação à linguagem de natureza aberta, a superioridade

se torna cocriador das normas jurídicas, dando azo ao que Bruno Torrano chama de "variação contingente da primazia das fontes jurídicas". (TORRANO, 2019, p.56-57).

7 A distinção entre os casos fáceis, resolvidos pela subsunção de regras por silogismo, e os casos difíceis, que exigem o juízo de ponderação e proporcionalidade, é uma das marcas do Neoconstitucionalismo.

hierárquica no sistema jurídico e suas imposições programáticas[8] aos poderes constituídos.

Nessa linha de ideias, o Neoconstitucionalismo destaca-se pelo manejo de técnicas como a ponderação[9], a concordância prática[10], interpretação conforme (*Verfassungskonforme Auslegung*), e, principalmente, pelo forte uso do princípio da proporcionalidade[11],[12] (ALEXY, 2017, p. 116-120).

Portanto, a hermenêutica jurídica passou a evidenciar-se como um instrumento fundamental utilizado pela jurisdição para a concretização e reconhecimento de direitos, contribuindo sobremaneira para o fomento da "substantivização" do processo, compreendido atualmente como o instrumento de garantia dos direitos fundamentais através de um procedimento em contraditório (CÂMARA, 2019, p. 26).

Assim, o Neoconstitucionalismo, pautado na centralidade e supremacia normativa e valorativa da Constituição, reaproximou direito e moral, sendo as constituições contemporâneas precisamente o lugar onde se confundem, especialmente através dos princípios.

4. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O ACESSO À JUSTIÇA EM SUAS VERTENTES FORMAL E SUBSTANTIVA

A história do Constitucionalismo está indissociavelmente ligada à história dos direitos fundamentais, sendo ambas compreendidas como manifestações direcionadas a imposição de limites ao poder estatal. O paulatino processo de reconhecimento de novas necessidades humanas

8 Imposições que trazem em seu bojo a consequência imanente de acarretar tensões entre constitucionalismo, democracia e política.

9 A ponderação é um juízo complexo tem como objetivo o estabelecimento de peso relativo a cada uma das normas em conflito no caso concreto, visando a declaração de preferência normativa condicionada- sem pretensão de definitividade- para solucionar o caso concreto específico.

10 A concordância prática é a promoção de concessões recíprocas para possibilitar a maior preservação possível dos bens jurídicos em conflito, sem sacrificar totalmente um interesse em detrimento do outro.

11 Impende destacar que o princípio da razoabilidade, desenvolvido pela doutrina e jurisprudência norte- americana a partir da cláusula do devido processo legal, corresponde, para grande parte da doutrina brasileiro, ao princípio da proporcionalidade, oriundo do direito alemão e cuja gênese remonta ao direito administrativo sancionador. Não traçaremos qualquer distinção entre tais conceitos no presente trabalho.

12 O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é tido como projeção, no campo substancial, do devido processual legal, como se verá adiante no presente trabalho.

e a positivação de direitos fundamentais nas ordens jurídicas delinearam os caminhos que acabaram por desembocar no atual modelo de Estado Constitucional, cuja essência e razão de ser residem na proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

No decorrer da árdua, incansável e interminável luta contra os arbítrios do Estado, os direitos ao Devido Processo Legal (art.5°, LIV, CF) e ao Acesso à Justiça (Art.5°, XXXV, CF) foram duas conquistas fundamentais e que tiveram seu conteúdo alterado ao longo do tempo.

A referida evolução conceitual é corolária da dimensão histórica e relativa dos direitos fundamentais, categoria materialmente aberta e mutável, cujo processo de reconhecimento e aferição de sentidos é dinâmico e dialético com o contexto político, histórico, jurídico e social vivenciado (SARLET, 2018, p. 45-53).

Sendo assim, a evolução das ideias na esfera política e as modificações no contexto social repercutem, necessariamente, na leitura que deve ser feita dos princípios processuais constitucionais a cada época. Acompanhar tais modificações é tarefa primordial do Estado para que atinja um dos fins de sua atuação jurisdicional, qual seja, a pacificação dos conflitos.

O processo de mutação conceitual dos direitos ao Devido Processo Legal e ao Acesso à Justiça está interligado, sobretudo, às mudanças do Constitucionalismo, da Ciência jurídica e das noções do princípio da igualdade.

Pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo- dirigente, compromissório e marcadamente substantivo- ao buscar a implementação da igualdade material, a valorização da dimensão axiológica na análise do fenômeno jurídico e a constitucionalização da legislação infraconstitucional, imprimiu novo olhar sobre o Direito, modificando sobremaneira o modo como tais direitos são interpretados modernamente, gerando, *ipso facto*, alterações na ambiência processual como um todo.

O devido processo legal é considerado pela doutrina como o núcleo essencial da maioria dos direitos processuais explícitos e implícitos (PINHO, 2018, p. 81) que, embora decorra do próprio sistema constitucional de proteção dos direitos e garantias fundamentais (MENDES, 2013, p. 429), foi expressamente positivado no ordenamento jurídico pátrio pelo art.5°, LIV da Constituição Federal[13].

O *due process of law* remonta sua origem à Magna Carta, de 1215, tendo gênese intrinsicamente ligada à proteção da liberdade, cujas restrições só se legitimariam mediante julgamento que observasse as disposições

13 *In verbis*: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

legais. Portanto, tal direito foi inicialmente concebido sob um viés estritamente formal (*procedural due process*), abrigando garantias processuais e implicando na observância do procedimento legalmente estabelecido.

Essa noção original foi recepcionada em diversas ordens constitucionais, traduzindo um dos grandes valores do Constitucionalismo, qual seja, o respeito a legalidade e a proteção da liberdade humana.

Entretanto, paulatinamente seu alcance semântico foi sendo ampliado, influenciado precipuamente pela produção doutrinária norte-americana após a edição das emendas 5° e 14° e o advento do *judicial review* estadunidense (ELY, 2010, p. 20-29).

Desde então, passou-se a entender que o instituto processual possuiria também uma exigência de "justiciabilidade", acrescentando-lhe, assim, uma faceta material (*substantive due process*).

Assim, sob a ótica do *substantive due process of law*, o processo passou a ser informado por um senso de justiça e adequação à ordem constitucional. Segundo tal vertente, se arbitrária a substância do ato, não há procedimento que possa legitimá-la (PRACUCHO, 2017, p. 28).

A vertente substantiva do Devido Processo Legal foi a matriz de desenvolvimento do princípio da razoabilidade, através do qual o Judiciário passou a efetuar controles de mérito sobre o exercício de discricionariedade da Administração e do Legislador, com base no exame da *reasonableness* e *rationality* das leis e atos normativos. Hodiernamente, trata-se do principal parâmetro para o controle de constitucionalidade utilizado pela jurisdição, servindo como importante instrumento para a defesa e promoção dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Luiz Fux (2019, p. 62) ensina que o senso de justiça que informa o *due process of law* possui uma dupla conotação, qual seja, a lei justa e o processo judicial justo.

Desse modo, pode-se dizer que a exigência do devido processo passou a ser, além da observância dos procedimentos legais, a razoabilidade e "justeza" da norma jurídica a ser aplicada, bem como a adequação do processo para a garantia e proteção dos direitos fundamentais (MENDES, 2013, p. 429).

O direito ao Acesso à Justiça ou inafastabilidade jurisdicional, assinalado no art.5°, XXXV, da Constituição e no art.3° do Código de Processo Civil, sofreu alterações conceituais similares às ocorridas com o direito ao Devido Processo Legal.

Inicialmente, o Acesso à Justiça preconizava o direito formal do indivíduo em propor ou contestar uma ação (CAPPELLETTI, 1988, p. 9).

Tratava-se, portanto, da garantia de mero acesso ao Poder Judiciário, noção intrinsicamente ligada ao modelo de Estado liberal dos séculos XVIII e XIX, contexto no qual o direito processual fora reduzido a um instrumento técnico-formal de manutenção das relações de poder e das desigualdades sociais, completamente afastado de um acesso à justiça real (SANTOS, 2016, p. 21).

Em que pese conquista importante para a busca da garantia jurisdicional dos direitos do homem, o simples acesso ao Judiciário- acesso formal à justiça- demonstrou- se insuficiente, tendo em vista que a igualdade formal não levava em conta as mais diversas questões que impediam o direito de ação e a obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva, como as barreiras de cunho econômico e social, o contexto de complexas mudanças vivenciadas pelo Estado, bem como a crise e esgotamento do Judiciário.

Em um primeiro momento, buscou-se superar os obstáculos sociais e econômicos que tornavam o acesso à justiça seletivo e praticamente inalcançável. Doutrinariamente, paradigmáticos foram os estudos de Mauro Cappelletti e Brayan Garth (1988), que contribuíram sobremaneira para que o referido direito pudesse ser lido à luz do modelo de Estado Democrático de Direito.

A despeito da ênfase na democratização do acesso ao judiciário, os juristas supracitados difundiram o entendimento de que o acesso à justiça é, além de direito social fundamental, requisito imanente para a implementação dos direitos humanos dentro de um sistema que vise garantir, e não apenas proclamar direitos. (CAPPELLETTI, 1988, p. 12-13)

A obra de Cappelletti e Garth inspirou movimentos de acesso à justiça, cuja preocupação girava precipuamente em torno da criação de mecanismos aptos a tornar o sistema judiciário mais barato, célere, democrático e capaz de lidar com interesses coletivos e difusos.

Entretanto, o surgimento das Constituições do pós-guerra -com a respectiva ascensão teórica de posturas ditas Neoconstitucionais- fez com que o direito de ação passasse a enfrentar novos questionamentos. A busca pela eficácia plena das normas constitucionais[1414] passou a exigir prestações normativas do Estado, não apenas no sentido de democratizar o acesso ao judiciário, mas também em instituir técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção das tutelas prometidas pelo direito substancial.

14 Em especial acerca dos direitos sociais, cuja garantia exige, em regra, um atuar positivo do Estado.

Nesse sentido, o direito de ação passou a emanar ordens ao legislador, tanto no sentido de *facere* - obrigação de produzir normas processuais que viabilizem tutelas tempestivas e justas- e *non facere* - sendo vedado a imposição de óbices ao exercício de tal direito.

Desse modo, o processo passou a ser enxergado como instrumento fundamental para a efetivação dos direitos consagrados no ordenamento jurídico, e as técnicas processuais passaram a servir funções sociais[15] e atender as particularidades dos casos em juízo, enfatizando a igualdade em um plano material.

Portanto, a vertente substantiva do direito ao Acesso à Justiça visa garantir aos cidadãos o acesso efetivo à justiça[1616], dando ênfase na efetividade da tutela dos direitos materiais.

Outrossim, a busca pela satisfação dos direitos materiais não se restringiu apenas no campo judicial. O Acesso à justiça também passou a abarcar os métodos adequados de solução de conflitos[1717,1818], ultrapassando, desse modo, os limites da jurisdição estatal.

Portanto, depois do movimento de Acesso à Justiça inicialmente como a possibilidade concreta de acesso ao judiciário, modernamente tal ideia está relacionada ao atingimento da justiça, independentemente da jurisdição estatal.

O direito de ação, na perspectiva substantiva, não é simplesmente o direito à resolução do mérito ou a uma sentença sobre o mérito. O direito de acesso à justiça é o direito à efetiva obtenção da tutela do direito material, enfatizando o (devido) processo como o meio idôneo para garantir, de forma contundente, os direitos substantivos previstos na legislação, sobretudo na Constituição Federal.

---

15 A exposição de motivos do CPC deixa claro que a processualística contemporânea privilegia o conteúdo em detrimento da forma, consagrando a instrumentalidade do processo em relação ao direito material, potencializando a efetividade do sistema jurídico.

16 Nesse ponto, pode-se afirmar que o CPC adotou a perspectiva substantiva ora trabalhada ao permitir e estimular os métodos adequados de solução de conflitos, garantindo de forma ampla o acesso à justiça. Assim, confirma-se a noção de que a leitura de tal garantia constitucional deve ser compreendida para além do simples acesso ao judiciário, como aduzido pela vertente formal.

17 Art. 3º§ 3º, CPC/15: "A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial."

18 Pode-se dizer que foi consolidada a noção de que a satisfação plena dos direitos pode se dar de modo mais célere e benéfico para as partes com soluções construídas e negociadas pelos próprios sujeitos envolvidos no conflito.

Em síntese, modernamente fala-se em acesso à ordem jurídica justa, que necessariamente perpassa pelo atingimento da justiça substantiva, envolvendo o exame efetivo e tempestivo das pretensões individuais, seja através do processo- ora constitucionalizado- democrático, justo e efetivo (SANTOS, 2016, p. 71) ou dos métodos adequados de solução de conflitos.

5. CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS AO MODELO NEOCONSTITUCIONAL E SUA REPERCUSSÃO NOS DIREITOS AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E ACESSO À JUSTIÇA

O Constitucionalismo pós-positivista, tem sido fortemente adotado pela doutrina e jurisprudência majoritária. Trata-se de paradigma teórico favorável ao manejo da Constituição Federal brasileira e que, ao estruturar-se em padrões de justiça na base sistêmica, não se desvincula da identidade axiológica e da tradição jurídico-filosófica brasileira (LIMA, 2014, p. 121), marcado por um "DNA histórico-cultural" (LIMA, 2014 p.28) que conviveu, por muitos anos, com concepções jurídicas que enxergavam a justiça e a cultura[19] como uma das dimensões de análise do direito.

Entretanto, vem recebendo críticas assíduas de diversos juristas renomados. Uma das principais questões levantadas é a de que a (re)leitura do princípio da separação de poderes empreendida pelo Neoconstitucionalismo é antidemocrática, na medida em que haveria evidente usurpação das funções Judiciárias, uma vez que o ativismo judicial faz com que a Jurisdição Constitucional deixe de assumir função "negativa" para criar[20], positivamente, direitos e deveres.

Daniel Sarmento (2009, p. 11) afirma que o Neoconstitucionalismo, ao adotar teorias substantivas de democracia, acaba por conferir um "poder constituinte permanente"[21] aos membros do Poder Judiciário- não eleitos e desprovidos de legitimidade popular-, permitindo-lhes moldar a Constituição de acordo com suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador democraticamente eleito.

19 A exemplo da Teoria Tridimensional Realeana.

20 Vale dizer que para os Neoconstitucionalistas o juiz não estaria atuando como legislador, ou seja, criando direitos e obrigações. Nesse diapasão, limita-se ele, tão somente, a reconhecer direitos e obrigações pré- existentes à sua vontade, preenchendo eventuais lacunas do sistema com o intuito de atribuir eficácia às normas constitucionais.

21 Trata-se de fator que é particularmente amplificado com as circunstâncias sentidas no ordenamento jurídico pátrio, com uma Constituição analítica, substantiva e dirigente que contém normas de conteúdo aberto que frequentemente colidem nos casos concretos postos à apreciação do Poder Judiciário.

Além disso, a ênfase interpretativa dada ao Judiciário levaria ao afastamento de outras instâncias para a definição de sentidos e concretização da Constituição, gerando um resfriamento da mobilização cívica do cidadão (SARMENTO, 2009, p. 13) e obscurecendo o papel da sociedade aberta de intérpretes da constituição (HÄBERLE, 2002).

Eduardo Rodrigues dos Santos (2016, p. 34-36) critica duramente o ativismo e a discricionariedade judicial defendidos pelo Constitucionalismo pós-positivista, aduzindo serem atitudes incompatíveis com a Constituição, na medida em que "todo e qualquer protagonismo fere a democracia, que presume igualdade de importância entre todos os sujeitos processuais".

Outrossim, o autor (2016, p. 27) assevera que tal prática também estaria desconexa com o (devido) processo- policêntrico, comparticipativo e fundado na corresponsabilidade dos sujeitos processuais- no paradigma do Estado Democrático de Direito, na medida em que reduzi-lo-ia a um mero instrumento da jurisdição através do qual a vontade do juiz seria imposta às partes.

Igualmente, o jurista é contrário à intelecção de que o magistrado poderia aproximar-se dos anseios sociais e realizar uma justiça mediante uma postura ativista "como se os juízes fossem seres moralmente privilegiados que possuíssem uma cognição superior do sistema jurídico e da vida em sociedade" (SANTOS, 2016, p. 36)

Ademais, a defesa do protagonismo judicial, segundo Lenio Streck (2020, p. 251), tornaria o Neoconstitucionalismo uma clara contradição, pois expressaria um movimento teórico para lidar com um direito "novo" depositando suas esperanças em uma prática defendida pelo positivismo normativista, o que demonstraria, outrossim, uma notória má compreensão acerca das vicissitudes e complexidades que envolvem as diversas teorias juspositivistas.

Marcelo Machado Lima (2014, p. 6) observa que a ampliação do papel do julgador, defendida pelo Neoconstitucionalismo e amplamente adotada nos sistemas jurídicos de *common law*, é uma questão nova e difícil de ser contornada nos países de tradição de *civil law*- caso do Brasil. O professor questiona se esse alargamento da função judiciária "nos coloca em direção ao aperfeiçoamento sistêmico ou, pelo contrário, estaríamos sacrificando conquistas democráticas arduamente adquiridas".

Outra crítica compartilhada por grande parte dos doutrinadores é a de que a prática judiciária brasileira recepcionou apenas parcialmente e de modo acrítico (STRECK, 2020, p. 57-58) as teorias jurídicas de viés

pós-positivista, implementando modelos por vezes contraditórios e desconexos com a tradição jurídica brasileira e a realidade normativa atual.

Nesse sentido, o professor Marcelo Machado Lima (2014, p. 37) traça como características marcantes do pensamento jurídico brasileiro ao longo do tempo, a produção de novos discursos jus teóricos sem que jamais se rompa definitivamente com o padrão tradicional jusnaturalista- que se manifesta contrário a separação entre moralidade e juridicidade- e a assimilação de novas tendências teóricas sem aderi-las completamente, seguindo uma lógica dialética de tentar conciliar teorias que, por vezes, são incompatíveis entre si e geram contradições.

Assim, o professor ensina que essa tendência de mesclar pensamentos conciliando posições rivais, parece ser a "fórmula estabelecida pela *intelligentsia* brasileira para recepcionar e 'legitimar' as teorias advindas dos grandes centros de produção intelectual" (LIMA, 2014, p. 41).

Nessa linha de ideias, Marinoni e Mitidiero (PRACUCHO, 2017) posicionam- se de forma contraria à adesão doutrinária ao *substantive due process of law*. Com efeito, entendem, com base no sistema constitucional brasileiro, que inexiste a necessidade de pensar o devido processo legal para além da sua dimensão formal, argumentando que os deveres de proporcionalidade e razoabilidade não decorrem de uma suposta dimensão substantiva do devido processo, e sim dos princípios da liberdade e igualdade esculpidos na Lei Maior.

Por fim, a recepção parcial e acrítica (TORRANO, 2019, p. 154) de teorias alienígenas fez com não se desenvolvesse uma posição clara sobre a forma como devem ser compreendidos e aplicados os valores morais incorporados pela ordem constitucional (SARMENTO, 2009, p. 5), que, pela sua vagueza e indeterminação, abrem-se a leituras muito diversificadas em meio ao contexto das sociedades plurais, sobretudo os "*hard cases*" que envolvem a colisão de direitos fundamentais.

Desse modo, a valorização dos princípios e de técnicas como a ponderação e a proporcionalidade, não teria sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação e fundamentação das decisões (SARMENTO, 2009, p. 15).Tal fenômeno estaria acarretando o "pamprincipiologismo" , causando a "produção de *standards* valorativos, álibis teóricos pelos quais se pode dizer qualquer coisa sobre a interpretação da lei" (STRECK, 2020, p. 253), e sendo utilizado como verdadeiro instrumento para justificar decisões discricionárias, fragilizando o "grau de autonomia do direito e a própria noção de Força normativa da Constituição e, principalmente, as conquistas jurídico-sociais abarcadas na Lei Fundamental brasileira" (STRECK, 2020, p. 254)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS E DISCUSSÕES

No decorrer da presente pesquisa, evidenciou-se a complexidade que envolve a análise do tema proposto, o que tornou necessário o recorte temático e desmembramento do trabalho para possibilitar o atingimento de conclusões teóricas mais objetivas e específicas. Assim, optou-se por cindir as análises doutrinária, empreendida nesse primeiro momento, e jurisprudencial.

Partindo dessas premissas, o presente artigo procurou evidenciar o novo olhar que o Constitucionalismo pós-positivista imprimiu ao processo, proporcionando desdobramentos conceituais aos direitos do Devido Processo Legal e Acesso à Justiça como produto ínsito da aproximação entre as dimensões formal e material dos direitos fundamentais e da valorização dos valores no âmbito da análise jurídica

Para tanto, foram traçadas algumas características comuns do Neoconstitucionalismo, e demonstrada a nítida correlação entre os direitos de Acesso à Justiça e Devido Processo Legal, principalmente em suas dimensões substantivas, dentro da contemporânea perspectiva do Constitucionalismo pós-positivista.

O acesso à justiça - *rectius*, ordem jurídica justa- depende de procedimentos adequados (*procedure due process*) que viabilizem o gozo do direito material deduzido em juízo e da produção de normas razoáveis e proporcionais (*substantive due process*) que facilitem a fruição social dos direitos materiais, promovendo, assim, a "justiciabilidade" do sistema. Outrossim, ao preconizar o exame de razoabilidade dos atos normativos, a doutrina do devido processo legal substantivo acaba por compreender a Constituição como um documento evolutivo que deve adequar-se às exigências sociais.

As referidas intelecções amoldam-se com as características teóricas do Constitucionalismo pós-positivista, na medida em que a busca pela justiça substantiva envolve a identificação da dimensão valor no âmbito da análise jurídica. Consequentemente, também promove a igualdade em um plano material e a Força normativa- principalmente das normas princípios- da Constituição.

De igual modo, compreender a relevância da análise social e histórica do fenômeno jurídico expõe a necessidade de atuação alargada e prescritiva do intérprete, com o desiderato de permitir a mutação semântica das normas constitucionais e constitucionalização do sistema jurídico.

O Constitucionalismo pós-positivista, é verdade, encontrou forte adesão doutrinária em *terrae brasilis*. Entretanto, mostra-se fundamental que as posturas ditas neoconstitucionais passem por maiores amadurecimentos

teóricos, principalmente no sentido de compreender a real extensão do ônus "meta-argumentativo" atribuído ao intérprete para o manejo dos princípios constitucionais, entendendo que quanto mais aberta e controversa for a norma, maior deve ser a argumentação no caso concreto, tarefa que deve ser realizada com coerência e deferência ao sistema constitucional *lato sensu*.

A defesa pela aproximação de um ideal de justiça moral, que acaba por dar maior relevo ao Judiciário como garantidor de valores tidos como justos contemporaneamente, aproxima-se da democracia enquanto valores substantivos. Entretanto, enfraquece sobremaneira a dimensão formal dos direitos e da democracia, vista enquanto procedimento legitimador da soberania popular.

Apesar de ferramenta poderosa para salvaguardar a vertente substancial do devido processo legal, a justiça do caso concreto- conceito aberto e difícil de ser atingido nas sociedades pós-modernas- muitas vezes não confere segurança jurídica, que é característica formal do devido processo e valor constitucionalmente protegido.

O Poder Judiciário, em que pese tenha papel essencial para a concretização da Carta Maior e para a implementação concreta do projeto de sociedade ambicionado pelo constituinte originário, deve compreender que há campos de atuação- área "metajurisdicional" (GÓES, 2016, p. 365) - pelo qual o ativismo judicial mostra-se desprovido de legitimidade.

Por fim, deve-se ter em mente que o Neoconstitucionalismo, enquanto continuação histórica do movimento do constitucionalismo, deve respeitar as conquistas históricas e a dimensão formal dos direitos. A busca pela justiça substantiva, portanto, deve dialogar com os procedimentos formais instituídos, buscando uma verdadeira concordância prática entre valores em tese opostos, mas de igual status de fundamentalidade constitucional.

Diante do exposto, mostra-se fundamental o prosseguimento da pesquisa para aprofundar conceitos e algumas das discussões e conclusões sumariamente empreendidas, principalmente no sentido de buscar entender de que modo o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado e interpretado o tema ora estudado e quais as implicações tais entendimentos podem acarretar ao sistema jurídico pátrio.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª edição, 5ª tiragem: Malheiros Editores, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9ª edição, São Paulo: Saraiva Educação,2020

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988

_. Novo Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.

CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.* Tradução de Juliana Lemos. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FUX, Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*.3ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

GÓES, Guilherme Sandoval e Cleyson de Moraes Mello. *Controle de Constitucionalidade.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung).* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

LIMA, Marcelo M.C. *A validade legítima: um estudo sobre o caso brasileiro*. 2014. Tese (doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016

MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 5°, XXXV. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; STRECK, Lênio L.; SARLET, Ingo W. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.427-432.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PRACUCHO, D. M. *A doutrina do Devido Processo Legal Substantivo e a (in) completude da ordem jurídica*. Revista Direito em Debate, *[S. l.]*, v. 26, n. 48, p. 25–44, 2017. DOI: 10.21527/2176-6622.2017.48.25-44. Disponível em:

https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/6711. Acesso em: 10 jan. 2021.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *Princípios Processuais Constitucionais*. Salvador, Juspodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869. Acesso em: 13 jan. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2ª ed. Belo Horizonte: Coleção Lênio Streck de dicionários Jurídicos; Letramento; Cada do Direito, 2020.

TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei. Entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo.*2° edição, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2019

DIREITO, VALOR E HERMENÊUTICA: O PRECEDENTE PARA ALÉM DE UMA TÉCNICA DO JULGAR

FILARDI, Felice Valentino Gaio[1]
HERCULANO, Antonio Diogo Oliveira[2]
SANTOS, Diogo Luiz Teixeira dos[3]
SILVA, Gabriel Pereira da[4]

1 Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF (2006). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF (1999). Bacharel em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF (1995). Bacharel em Economia pela Universidade Gama Filho UGF (1992). É Professor da Universidade Candido Mendes UCAM e da Universidade Estácio de Sá - UNESA, nas disciplinas de Direito Constitucional e Direito Administrativo. Atua na docência de nível superior e em pesquisa acadêmica por meio do Programa de Pesquisa e Produtividade e orientação discente no Programa de Pesquisa de Iniciação Científica ambos na Universidade Estácio de Sá - UNESA/ CNPQ. As Pesquisas são desenvolvidas com ênfase na convergência do Diálogo entre a afirmação da Democracia e os Direitos Fundamentais. Orienta Iniciação Científica junto à FAPERJ sob o tema A Mutação Constitucional Diante da Intervenção do Estado em seu Diálogo com a Ordem Social. Orienta Iniciação Científica junto ao CNPq sob o tema Direitos Fundamentais e Direitos Subjetivos Públicos. E-mail: gaiofilardi@uol.com.br.

2 Bacharel em de Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Membro do grupo de pesquisa Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissional (PCRCAP/UCAM). Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (NEPEDI/UERJ). E-mail: diogo.oliveiraherculano@gmail.com.

3 Bacharel em de Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Pós-graduado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV Rio). Bacharel em Turismo pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Membro do grupo de pesquisa Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissional (PCRCAP/UCAM). E-mail: diogotx@gmail.com.

4 Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Membro do grupo de pesquisa Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissional (PCRCAP/UCAM). E-mail: gps_rj@hotmail.com.

RESUMO

A filosofia jurídica para além de uma disciplina teorética, apresenta-se como um eterno meio de recondução do pensamento filosófico-jurídico. É nessa perspectiva que a visada fenomenológica se apresenta como um importante instrumento auxiliador no repensar do fazer científico jurídico, pois ao depurar o conhecimento em busca de uma rigorosidade, o pensamento husserliano possibilita ao jurista um conhecimento puro e apodítico do Direito para além da pureza anunciada pelo positivismo em geral. Dessa forma, partindo de uma visada fenomenológica jurídica pautada nos ensinos de Edmund Husserl e Aquiles Guimarães e na axiologia de Ortega y Gasset, esse trabalho se propõe a investigar a essência do instituto dos precedentes judiciais em contraste com a forma como os mesmos são utilizados no ordenamento jurídico brasileiro. Essas reflexões se ligam a discussões inseridas no âmbito da teoria da justiça, bem como na teoria das decisões judiciais. A pesquisa terá um caráter descritivo-explicativa e será feita a partir da modalidade de pesquisa bibliográfica, fazendo o uso de obras de natureza filosófica e jurídica.

Palavras-chave: Interpretação; Valores; Fenomenologia.

1. INTRODUÇÃO

A passagem de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional trouxe significativas mudanças na compreensão sobre o Direito. A ideia de supremacia da Constituição, a reviravolta na teoria das normas dando aos princípios força normativa, bem como a dissociação entre texto e norma e a valorização da hermenêutica jurídica acabou por possibilitar uma convergência entre as tradições jurídicas, a ponto de se controverter com boas razões as categorias *Civil Law* e *Common Law*[5].

Com isso, ao mesmo tempo em que se verifica uma ascensão da jurisdição e valorização do conteúdo das decisões judiciais no Estado Constitucional[6], observa-se uma preocupação com a técnica legislativa e com a eficácia da legislação[7], de modo que a concepção clássica do *Civil Law* e do *Common Law* vai aos poucos cedendo espaço a um movimento *coaxial* do Direito, em que o pensamento jurídico é construído a partir de uma *interpenetração* das antigas concepções.

Assim, a percepção sobre alguns instrumentos e institutos do Direito passam a ser reinterpretados, como, e.g., o processo. Se no Estado Constitucional há uma preocupação com o conteúdo das decisões judiciais, e se há um controle judicial da técnica legislativa, como é o caso do controle de constitucionalidade brasileiro, as concepções sobre a função e os objetivos do processo tendem a se afastar da antiga visão do processo como um instrumento puramente particular ou estatal, e, a partir de um conceito constitucional, o processo passa a ser visto como meio para tutela dos Direitos[7]. Por outro lado, em que pese os nítidos avanços trazidos pelo Estado Constitucional, observa-se um verdadeiro desvirtuamento sobre a essência de alguns institutos jurídicos, em razão da má compreensão por parte de alguns juristas sobre elementos essenciais que dão

5 Para um maior aprofundamento v. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 69.

6 Em sentido similar v. BEATTY, David M. *A Essência do Estado de Direito*. Trad. Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 2-5.

7 Para um melhor aprofundamento da ideia do processo como meio para tutela dos Direitos v. MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.

3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a, p. 28-36; MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 17-28.

sentido ao *ser jurídico*. Tal fato decorre do conhecimento superficial sobre os *standarts* de racionalidade utilizados por pensadores modernos[8].

Dessa forma, partindo de uma visão fenomenológica quanto ao Direito e adotando um caráter descritivo-explicativo, a pesquisa objetiva estudar as relações entre Direito e processo à luz da teoria fenomenológica, bem como visa compreender a essência do instituto dos precedentes judiciais.

O trabalho inicia-se com uma breve introdução ao pensamento jusfenomenológico de Aquiles Guimarães e a axiologia de Ortega y Gasset. Apresentaremos a ideia defendida por Daniel Mitidiero do *processo como meio para tutela dos Direitos*. Contudo, abordaremos essa visão processualística à luz da fenomenologia jurídica de Aquiles Guimarães e da axiologia de Ortega y Gasset.

Em um segundo momento, a pesquisa adotará um caráter expositivo, em que discorreremos sobre a ascensão da jurisdição no Estado Constitucional e de que forma esse fato proporcionou um maior diálogo entre as tradições da *Civil Law* e *Common Law*. A partir desses apontamentos, discorreremos sobre a figura dos precedentes judiciais à luz da visada fenomenológica e seus aportes axiológicos, defenderemos a ideia de que o precedente se manifesta como um *caminho* hermenêutico que melhor evidencia os valores em sua completude. Esta noção diz respeito ao caráter interpretativo do precedente em contraste com a noção subsuntiva de precedente.

Ao fim, com base nas ideias defendidas, discutiremos sobre a experiência jurídica brasileira; a forma como os precedentes judiciais[9] são utilizados e os perigos da prática *ementista* adotada pelos profissionais jurídicos.

O trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, tampouco apresentar um estudo sistemático sobre as questões abordadas, trata-se, na verdade, de uma breve introdução e provocação ao pensamento sobre a essência dos precedentes e um convite à reflexão jusfenomenológica.

8 Em sentido similar v. as críticas tecidas por TOVAR, Leonardo Zehuri. *Teoria do Direito e Decisão Judicial*: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020, p. 18-19; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinad. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 250-253.

9 Em que pese haver posições doutrinárias que negam a existência de um *sistema de precedentes* no ordenamento jurídico brasileiro, *e.g.*, STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica*: o sentido da vinculação no CPC/2015. 3. ed. Salvador: JusPodvim, 2021, não nos parece haver divergência quanto à existência de *precedentes judiciais*, embora o entendimento sobre o que eles são não seja unânime.

2. DIREITO, VALOR E PROCESSO: UM OLHAR AXIOLÓGICO JURÍDICO SOBRE O PROCESSO COMO MEIO PARA TUTELA DOS DIREITOS

Os questionamentos acerca do Direito podem ser simplificados em algumas perguntas que evidenciam diferentes preocupações quanto ao objeto jurídico. Dentre essas questões, destacam-se duas que abarcam em si questões caras aos filósofos do Direito. Podemos nos questionar sobre *o que é o Direito*, uma pergunta ontologicamente dirigida, e sobre *qual o significado de Direito,* uma pergunta epistemológica. A primeira se liga às questões sobre o *ser* jurídico e seus motivos de investigação; a segunda, por sua vez, nos traz a preocupação quanto ao modo de conhecimento sobre o objeto jurídico, sobre a interpretação do Direito e, de certa forma, sobre a aplicação do Direito. Contudo, ambos os questionamentos trazem em si uma preocupação em comum: a ideia de fundamento.

Como bem assinala Aquiles (GUIMARÃES, 2013, p. 47) "a questão dos fundamentos tem uma história associada à descoberta e à fixação de *princípios* supostamente garantidores do esclarecimento do ser, do conhecer e do agir". Segundo o filósofo, a ideia de fundamento não se confunde com a noção de argumentação justificadora; o fundamento por não se submeter às contingências da temporalidade e da historicidade, diz respeito a essência do objeto, i.e., aquilo que há de universal no objeto.

Comumente, a história da filosofia e da teoria do Direito nos apresentam os fatos e as normas como o fundamento das ciências jurídicas[10]. Contudo, essas concepções incorrem no erro de confundirem a essência do *ser jurídico* com os motivos de sua investigação (fatos) e sua concreção na via Estatal (normas). E aqui se insere a importância da fenomenologia jurídica de Aquiles Guimarães como uma teoria do Direito.

A fenomenologia jurídica enquanto teoria do Direito não se trata de uma nova teoria a ser recolocada em circulação, mas sim em uma "conversão do espírito a um outro modo de ver os fenômenos da vida das relações jurídicas" (GUIMARÃES, 2013, p. 189).

O que pretende a fenomenologia jurídica é enxergar o Direito tal como ele se revela a nós, *em carne e osso* na famosa expressão fenomenológica. Por se apresentar como um movimento radical em busca do

10 Nesse sentido v. as formulações de FONTES, André R. C. Do empirismo jurídico à fenomenologia do direito. *Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região*: fenomenologia e direito, Rio de Janeiro, v. 5, n.2, p. 47-48; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. De Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p.131-142.

conhecimento, a fenomenologia jurídica tem por objetivo a compreensão da essência do *ser jurídico*.

Assim, o jurista que adota uma posição fenomenológica deve inicialmente realizar uma suspensão provisória sobre tudo o que conhece e sobre o que se quer conhecer do Direito, para só assim ver o objeto jurídico em sua *mostração originária*. Aquiles Guimarães fala sobre a *epoché* fenomenológica, que aplicada ao Direito consiste em suspender provisoriamente "nossa crença na dogmática jurídica (lei, doutrina e jurisprudência), colocando tudo isso 'entre parênteses'" (GUIMARÃES, 2013, p. 180).

Ao ver o fenômeno jurídico em sua mostração originária, livre de pré-conceitos ou pré-juízos formados, perceberemos que o Direito por se tratar de um objeto ideal fruto da criação humana, só adquire sentidos a partir da intencionalidade intuitiva da consciência, ou seja, o Direito aparece originalmente em sua vivência como um espaço fruto da objetivação valorativa. O *ser jurídico* nasce a partir da idealidade humana em busca da possibilidade de uma convivência pacífica e visa a preservação dos valores que balizam a sociedade, com o objetivo de tornar a justiça possível. É nesse sentido que se insere a afirmação de Ortega y Gasset (2004, p. 35) que "a questão do valor é a questão do direito por excelência", uma vez que "nosso direito em sentido estrito representa apenas uma classe específica de valor: o valor da justiça".

A partir dessa visão, percebe-se que Direito e Valor guardam entre si uma ligação indissociável, sendo o Valor o objeto de tutela do Direito, visando a justiça enquanto possibilidade. Nesse sentido destaca-se a importância dada no Estado Constitucional a ideias como a *dignidade da pessoa humana*, a *liberdade*, a *felicidade*[11], entre outras que partilham entre si a mesma característica: todas são valores.

Diferentemente do que defende o subjetivismo axiológico, os valores são *permanências objetivas*; os valores não são criados, modificados ou relativizados livremente pela subjetividade humana no curso da história (GUIMARÃES, 2013, p. 218). Os valores não são coisas agradáveis, tampouco as coisas desejadas ou desejáveis; eles são algo objetivo, são qualidades irreais que residem nas coisas (GASSET, 2004, p. 17- 32). Embora a atividade jurídica venha a tutelar diversos valores, o Direito ao descobrir, perceber e preservar os valores tem por objetivo restabelecer o equilíbrio das relações, visando a melhor evidenciação da justiça enquanto possibilidade para se tentar garantir a coexistência humana.

11 Nesse sentido v. o julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060/SC.

É nesse sentido que se insere a releitura da ideia de Mitidiero (2017a, p. 28-36; 2021, p. 17-28) do processo como meio para tutela de direitos. O processualista parte da ideia de que o Direito no Estado Constitucional adquire um caráter indeterminável; ele "[...] deixa de ser um objeto total e previamente dado que o jurista tem de simplesmente conhecer para ser uma 'harmoniosa composição entre atividades semânticas e argumentativas'" (MITIDIERO, 2017a, p. 21).

Assim, o processo seria o *local* em que o Direito seria enfim *revelado* ou *interpretado*. Todavia, ao considerar o processo como o *local* de determinação do Direito, o referido autor sustenta que esse processo de determinação seria feito por meio de precedentes judiciais, e que estes seriam de competência dos Tribunais Superiores, ou na expressão do processualista *as Cortes Supremas*; as legitimadas a promoverem uma unidade da interpretação do Direito (MITIDIERO, 2021, p. 235-238).

A releitura da ideia do processo como *meio para tutela dos direitos* parte, na verdade, da noção do Direito como um instrumento voltado para valores. Assim, o processo é vislumbrado não mais como um instrumento puramente particular ou estatal, mas sim passa a ser o local em que o julgador ao compreender, interpretar e exarar sua decisão, realiza uma "[...] confluência das conexões valorativas que articulam fatos e normas" (GUIMARÃES, 2013, p. 223), visando evidenciar a juridicidade, enquanto referência da justiça como possibilidade.

3. A ASCENSÃO DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL E O DIÁLOGO ENTRE AS TRADIÇÕES

A passagem de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional trouxe significativas mudanças na compreensão do Direito (MITIDIERO, 2017a, p. 19; CRAMER, 2016, p. 28-33).

Mitidiero aponta para uma tríplice alteração na compreensão do Direito. Uma mudança na teoria das normas e a feição complexa que o ordenamento jurídico passa a ter; uma alteração na técnica legislativa, a qual passa a ser redigida a partir de uma mistura entre a técnica casuística e a técnica aberta; e a ideia que o Direito deixa de ser um objeto total e previamente dado para ser um objeto *construído* ou *descoberto* a partir da composição entre atividades semânticas e argumentativas (MITIDIERO, 2017a, p. 19- 22).

Essas alterações na compreensão do Direito advindas com o Estado Constitucional, trouxeram consigo a ascensão da jurisdição no Direito contemporâneo. Fazendo uso das lições do famoso processualista Nicola Picardi, sustenta Mitidiero haver uma *virada cultural* em nosso

século, em que deslocamos nossa *vocação* anteriormente direcionada a legislação e nos voltamos para a jurisdição, ou mais precisamente uma vocação para o processo (MITIDIERO, 2017a, p. 21).

Essa *virada cultural* possibilitou uma convergência entre as tradições jurídicas do *Civil Law* do *Common Law*. Mitidiero argumenta que esse diálogo trouxe uma interpenetração entre as tradições, e que tal fato se dá em razão do percurso teórico dos Novecentos em sua teoria da interpretação, em que se é percebido um movimento "que vai da *prévia determinação à dupla indeterminação do direito*" (MITIDIERO, 2017b, p. 53). Ronaldo Cramer, por sua vez, sustenta existir uma *convergência* entre as tradições, para ele há uma "incorporação de institutos de outra tradição, para resolver, de maneira mais eficiente, os problemas práticos do sistema jurídico local, sem descaracterização da tradição originária" (CRAMER, 2016, p. 29); essa *convergência* decorre de duas causas genéricas: o processo de globalização e a "procura de soluções, que todo país empreende, para as deficiências de seu sistema jurídico" (CRAMER, 2016, p. 30), bem como de três causas específicas: a perda da centralidade dos códigos, a ascensão do pós-positivismo e o advento do constitucionalismo.

Independente do posicionamento adotado[12], a ascensão da jurisdição no Estado Constitucional permitiu ao julgador do *Civil Law* não mais ser visto como um *bouche de la loi* ou como um *êtres inanimés*. Instrumentos como o controle de constitucionalidade exercido pelos julgadores, seja na forma difusa ou na forma concentrada, são um dos exemplos que constatam o controle exercido pelo Judiciário e a importância das decisões judiciais no Estado Constitucional. Nas palavras de Marinoni "se nas teorias clássicas o juiz apenas *declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica*" (MARINONI, 2019a, p. 67).

Dessa forma, questões sobre a atuação do judiciário e a busca por decisões que reforcem a noção de segurança jurídica e estabilidade no Estado Constitucional fizeram surgir entre nós um debate sobre um alinhamento entre as decisões judiciais, fato que culminou em intensas pesquisas voltadas aos chamados *precedentes judiciais*. Por outro lado, em que pese o brilhantismo de parte da doutrina e os inúmeros avanços so-

12 A ideia de *interpenetração* em Mitidiero representa uma visão *transordenamental* do Direito, em que a filiação *Civil Law* e *Common Law* são facilmente controvertidas. Já a noção de *convergência* em Cramer representa uma visão de um diálogo entre as tradições. Enquanto em Mitidiero há um discurso voltado ao fim da filiação das antigas concepções, em Cramer há uma defesa pela tradição do *Civil Law* e da proeminência da legislação.

bre o tema, observa-se que os precedentes judiciais têm sido utilizados de forma avessa à sua essência, uma vez que não partem da máxima do *treat like cases alike*, mas sim de uma tentativa em solucionar a crise numérica instalada no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido insere-se a prática forense de se utilizar ementas de julgados como se precedentes fossem, a fim de que os casos sejam resolvidos a partir de uma lógica subsuntiva, fato que além de perverter a ideia de precedente judicial, faz nascer um problema tão pior quanto a crise numérica de processos, qual seja: o problema de uma prestação jurisdicional ineficiente.

4. O PRECEDENTE PARA ALÉM DE UMA TÉCNICA DO JULGAR: UMA CRÍTICA A EXPERIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA

A grande litigiosidade no judiciário brasileiro, bem como o grande número de processos envolvendo as mesmas questões fáticas e jurídicas, são problemas que influenciaram a criação de novos instrumentos processuais com vistas a resolver problemas gerenciais.

Nesse sentido, observa-se que o debate e a figura dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro emergem em um contexto de judicialização em massa e litigiosidade repetitiva[13]. O discurso trazido pelo código de processo civil insinua a ideia do precedente como um instrumento de otimização dos julgamentos de casos idênticos. Tal ideia não apenas perverte a essência do instituto, como ratifica a antiga concepção da escola da exegese francesa do *Civil Law* clássico, pois se o precedente surge com vistas a resolver problemas numéricos, não há espaço para interpretações jurídicas, mas tão somente a aplicação de um modelo *pré-interpretado*, *pré-fabricado*.

Conforme pontuado anteriormente, a questão do Direito é precipuamente uma questão de valores, visto que o Direito surge como um instrumento do justo; ele visa evidenciar a justiça enquanto possibilidade, com o objetivo de tornar a coexistência humana algo possível (GUIMARÃES, 2013).

O problema fundamental enfrentado pelas tradições jurídicas está ligado diretamente a questão sobre a experienciação da justiça. A tradição do *Civil Law* por forte influência francesa, sobretudo pela cultura dos Seiscentos e dos Setecentos, apresentou a codificação como a melhor forma de se evidenciar a justiça, pois estaria livre do subjetivismo do julgador, cabendo ao mesmo tão apenas aplicar a norma a partir de um método de

13 Para um melhor aprofundamento do tema v. as considerações de NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinad. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 668-693.

subsunção. Por outro lado, o *Common Law* que surgiu a partir do *case law*, apresentava a interpretação judicial como a melhor forma de se evidenciar a justiça; a partir da experiência inglesa os magistrados eram vistos como oráculos do Direito, "cujas decisões consubstanciavam-se em verdadeiras *provas vivas* da existência do *Common Law*" (MITIDIERO, 2017b, p. 25). Todavia, essa proeminência da figura do julgador evidenciava o problema do relativismo na experiência jurídica inglesa anterior *ao stare decisis*.

O legado do *Civil Law* falhou ao depositar sua fé unicamente na positivização do Direito, em contrapartida a tradição inglesa do *Common Law* padeceu ao enfrentar o relativismo por parte dos julgadores. Enquanto no *Civil Law* clássico se tinha o problema do *fechamento* cognitivo sobre o Direito, no *Common Law* original existia um relativismo cognitivo sobre o Direito.

O problema sobre a experienciação da justiça de uma forma subjetiva, mas ao mesmo tempo não solipsista ainda é uma questão atual. Assim, não pode o jurista contemporâneo fugir da responsabilidade da busca em uma resposta adequada frente à fugacidade da vida moderna, caso contrário corremos o risco de transformar o Direito e seus instrumentos em meras *técnicas de perpetuação* de conflitos.

Se o Direito no Estado Constitucional adquire um caráter indeterminado, e se o processo é o *local* em que o seu *significado* será *revelado*, não pode o processo ser utilizado como um espaço de mera subsunção. Se o Direito tutela valores, e se o processo é o meio para essa tutela, significa que ele é o *local* de (re)construção do significado do jurídico, ou inspirado nas lições de Aquiles Guimarães (2013, p. 223), o processo seria o *local* em que o julgador ao compreender, interpretar e decidir realiza uma "confluência das conexões valorativas que articulam fatos e normas", visando evidenciar a juridicidade, enquanto referência da justiça como possibilidade.

Assim, a tarefa do julgador frente a um conflito é "restabelecer o equilíbrio das relações intersubjetivas buscando, a partir dos fatos, os valores adequados a serem conectados com aqueles já existentes na instauração da ação jurisdicional" (GUIMARÃES, 2013, p. 227). Contudo, a *conexão* feita pelo julgador não se revela como um *ato de vontade*, mas sim como um *ato de construção* e de *reconhecimento*, tendo em vista que o que se conecta são valores.

O caminho de evidenciação dos valores é o sentimento puro e não a razão. Contudo, por serem "uma linhagem peculiar de objetos irreais que residem nos objetos reais ou coisas, como qualidades *sui generis*" (GASSET, 2004, p. 32), os valores se fazem patentes para nós por meio da estimativa, que consiste em um sistema de verdades evidentes e invariantes (GASSET, 2004, p. 34).

Dessa forma, embora intuído ou estimado pela via do sentimento puro, existe uma integridade na evidenciação do valor, não podendo o mesmo ser reconhecido em uma relação e não ser reconhecido em outra relação semelhante. Se o fato é depositário de um valor, não pode o mesmo fato (ou similar) ser evidenciado de formas diferentes, pois os valores são *permanências objetivas* e independem de nossos caprichos.

Se os valores são permanências objetivas, a decisão justa é aquela que melhor evidencia o valor em todas as suas dimensões. Se existem casos semelhantes que *encarnam* os mesmos valores e, se existem decisões conflitantes sobre esses casos, há, na verdade, uma decisão que ignora alguma dimensão dos valores em discussão e outra que melhor evidencia os valores em toda a sua completude, uma vez que a interpretação não é um ato de *vontade*, mas sim de *reconhecimento*.

Nesse sentido, a decisão que melhor evidencia os valores em todas as suas dimensões em determinada ocasião passa a ser o caminho hermenêutico mais condizente com o fim último do Direito e, por conseguinte, traduz-se na decisão mais justa. A esse *caminho* dá-se o nome de precedente judicial.

Assim, os precedentes judiciais não mais se confundem com as razões jurídicas, necessárias e suficientes de uma decisão (MITIDIERO, 2017b, p. 90), tampouco decorrem da autoridade do Direito interpretado ou de quem o interpreta como defendem alguns autores (MITIDERO, 2017b, p. 85), mas passam a ser a decisão que, ao colocar o Direito sob sua melhor luz, possibilita um caminho hermenêutico que melhor evidencia os valores com o objetivo de tornar a garantia da coexistência humana algo possível.

Dessa forma, o precedente adquire uma autoridade em razão de seu processo interpretativo que advém, em uma última análise, de uma interpretação alinhada à tradição. A autoridade do precedente "decorre de um *reconhecimento* e não de uma *imposição*" (STRECK, 2021, p. 54).

Assumir a ideia do precedente como um produto *pré-interpretado*, como algo *pré- fabricado* vai ao desencontro de todas as teorias do Direito contemporâneas, bem como desconsidera toda história e debates da tradição hermenêutica dentro da filosofia (STRECK, 2021, p. 55).

Defender a ideia de um precedente com vistas a resolver problemas numéricos, reduzindo sua ideia a ementas, teses, enunciados sumulares etc, significa, na verdade, reunir em um mesmo conceito os atos de interpretação e aplicação, como se a aplicação de um texto pudesse, por si só, interpretar algo, se assim fosse, não seriam necessário juízes, processos e instrumentos de resolução de conflito, bastaria tão somente

a existência de normas e a aplicação destas. O precedente não segue a lógica da subsunção, tão defendida pelo *Civil Law* clássico francês, antes segue uma lógica interpretativa de compreensão.

O caminho dos precedentes é, assim, uma orientação na compreensão e interpretação do Direito, mas nunca a lição definitiva, visto que "todo ato de compreender e interpretar o Direito só pode ser ato de *iluminação* dos fatos e das normas, à luz da realidade histórico-social" (GUIMARÃES, 2013, p.72). Trata-se de um direcionamento que aponta para o melhor ângulo do Direito.

A prática "*ementista*", "*enunciatista*" e "*sumularista*" tão presente em nossa *práxis* jurídica deve ceder espaço para uma nova lógica; uma lógica interpretativa. Caso contrário, a *solução* apresentada e defendida por parte da doutrina sobre o precedente como algo *pronto* e *pré-interpretado*, reduzirá a prática jurídica à uma simples técnica de subsunção[14], sob pena de tornar os juízes novamente em *êtres inanimés*, mas desta vez não como *bouche de la loi*, mas como *bouche du précédent*[15].

5. CONCLUSÕES

A alteração na compreensão do Direito no Estado Constitucional trouxe a rediscussão pelo sentido do fazer jurídico. A necessidade imposta pela complexidade da vida, fez com que alguns institutos jurídicos ganhassem novos conceitos e objetivos. Contudo, em que pese o avanço nas discussões e debates, a fugacidade da vida moderna influenciou sobremaneira na tomada de decisões e investigações, de modo que as respostas oferecidas nem sempre partem de uma investigação condizente com os *standarts* de racionalidade escolhidos pelos autores, tampouco dialogam com a história das teorias do Direitos construídas ao longo da história.

14 Para um melhor aprofundamento sobre o tema e uma visão ampla sobre a crítica ao "precedente à brasileira" v. STRECK. Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica*: o sentido da vinculação no CPC/15. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

15 Aquiles Guimarães ao tecer críticas à súmula vinculante bem nos relembra para o fato de que o Direito está no campo do conflito de interpretações, assim, a ideia de uma única decisão judicial correta é algo insustentável. O filósofo ao se referir a jurisprudência, afirma que ela "só pode servir de modelo para a descoberta de novos sentidos para os fatos e normas que levaram à sua cristalização, tendo em vista a historicidade do *mundo da vida* e da própria consciência humana, enquanto intencionalidade doadora de sentidos ao Direito" (2013, p. 71). Caso o precedente não seja entendido como esse modelo aduzido por Aquiles, será tão somente "uma determinação interpretativo-normativa com a força capaz de silenciar todas as outras consciências judicantes" (2013, p. 71).

É nesse sentido que a fenomenologia se apresenta como um meio capaz de tornar o Direito uma ciência de rigor. Com base nos ensinos de Aquiles Guimarães é possível evidenciarmos o Direito a partir de sua essência e não mais vê-lo puramente como uma *técnica*.

A partir desse olhar depurador fenomenológico o precedente judicial é vislumbrado em sua essência não como uma *técnica* do julgar, mas como um instrumento de aperfeiçoamento do conhecer do Direito, pois possibilita ao jurista transcender o plano *unicamente* normativo e a partir de uma rigorosidade do pensar retornar ao *mundo da vida*, para ali intuir os *valores* e significados capazes de garantir a coexistência humana, bem como possibilita um fazer jurisdicional fundado na mais auto responsabilidade na eterna busca em se constituir uma autêntica *humanitas*.

Mais do que nunca se faz necessário um contínuo retorno ao *mundo da vida*, tendo em vista que a era das construções conclusas do Direito não se harmonizam com a complexidade da vida; "só poderemos progredir mediante um pensamento reflexivo que não queira finalizar numa doutrina de resultados fixos, mas esteja pronta a aventurar-se na via da interrogação" (LANDGREB apud BRAGA JÚNIOR, 2012, p. 98), e é nesse ponto de um eterno retorno, ou de uma eterna reflexão que se insere a figura dos precedentes judiciais: um instrumento de eterna luta pela coexistência humana; o qual não é fechado, pois não traz em si a ideia de positividade, mas também não é aberto, pois direciona a interpretação e a depura do relativismo empírico; um instrumento híbrido de eterna interrogação e reflexão do fazer científico jurídico.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Pedro M. S.. Juízos e normas: actos téticos e actos nomotéticos. *Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região*: fenomenologia e direito, Rio de Janeiro, v.6, n.1, p. 47-74, abr./set. 2013. Disponível em: https://sfjp.ifcs.ufrj.br/revista/downloads/juizos_e_normas_atos_teticos.pdf. Acesso em: 7 dez. 2019.

BADER, William D.; CLEVELAND, David R. Precedent and justice. *Duquesne Law Review*, Pensilvânia, v. 49, n.1, p. 35-60, jan. 2011. Disponível em: https://dsc.duq.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3716&context=dlr. Acesso em: 31 ago. 2020.

BEATTY, David M. *A Essência do Estado de Direito*. Trad. Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução De Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 1-134.

BRAGA JÚNIOR, Getúlio Nascimento. *Edmund Husserl e a fenomenologia da justiça*: a dimensão fenomenológica da atividade judicativa. 2012. 189 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Sociais. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: http://objdig.ufrj.br/34/teses/820770.pdf . Acesso em: 5 mar. 2019.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais*: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FONTES, André R. C. Componentes de um pensamento fenomenológico do Direito. *Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região: fenomenologia e direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n.2, p. 31-56, out. 2009/mar. 2010. Disponível em: https://sfjp.ifcs.ufrj.br/revista/downloads/componentes_de_um_pensamento.pdf. Acesso em: 11 jan. 2020.

_. Do empirismo jurídico à fenomenologia do direito. *Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região: fenomenologia e direito*, Rio de Janeiro, v. 5, n.2, p. 15-22, out. 2012/mar. 2013. Disponível em: https://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/revistafilosofia10.pdf. Acesso em: 11 jan. 2020.

GASSET, José Ortega y. *Introducción a una estimative ¿qué son los valores?* Madrid: Ediciones Encuetro, 2004.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Lições de fenomenologia jurídica*. Rio de Janeiro: GEN/Forense Universitária, 2013.

HENRIQUES, José Carlos. *Os sentidos da justiça*: fenomenologia e direito. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

HUSSERL, Edmund. *A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental*. Tradução de Diogo Falcão Ferrer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. Trad. Luiz Villar Borda e Ana María Montoya. 2. ed. kindle. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

KAUFMANN, Arthur (Org.); HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 9-208.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019a.

_. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019b.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a.

_. *Precedentes*: da persuasão à vinculação. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b.

_. *Processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NASCHENWENG, Marcelo Elias. *Hermenêutica do precedente*: o cuidado da coerência e da integridade. ed. kindle. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinad. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2020.

PULIDO, Carlos Bernal; BUSTAMANTE, Thomas (org.). *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*. Tradução de Rodrigo Camarena González. ed. kindle. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

SÁ, Alexandre Santos Bezzera. *A aplicação dos precedentes judiciais no Brasil e o novo paradigma epistemológico das ciências*: um estudo a partir da experiência no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. ed. kindle. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Tradução de Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SHAUER, Frederick. *Pensar como um abogado*: uma nueva introducción al razonamiento jurídico. Tradução de Tobías J. Schleider. Madrid: Marcial Pons, 2013.

STRECK. Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica*: o sentido da vinculação no CPC/15. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

TOVAR, Leonardo Zehuri. *Teoria do Direito e decisão judicial*: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020.

SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA E O ACESSO AO PODER: O INSTITUTO DA CLASS ACTION NO BRASIL E AS REAIS INSTÂNCIAS DE CONTROLE SOCIAL

SANTOS, Diogo Luiz Teixeira dos[1]
HERCULANO, Antonio Diogo Oliveira[2]
SILVA, Gabriel Pereira da[3]
FILARDI, Felice Valentino Gaio[4]

1 Bacharel em de Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Pós-graduado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV Rio). Bacharel em Turismo pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Membro do grupo de pesquisa Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissional (PCRCAP/UCAM). E-mail: diogotx@gmail.com.

2 Bacharel em de Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Membro do grupo de pesquisa Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissional (PCRCAP/UCAM). Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (NEPEDI/UERJ). E-mail: diogo.oliveiraherculano@gmail.com.

3 Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Membro do grupo de pesquisa Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissional (PCRCAP/UCAM). E-mail: gps_rj@hotmail.com.

4 Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF (2006). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF (1999). Bacharel em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF (1995). Bacharel em Economia pela Universidade Gama Filho UGF (1992). É Professor da Universidade Candido Mendes UCAM e da Universidade Estácio de Sá - UNESA, nas disciplinas de Direito Constitucional e Direito Administrativo. Atua na docência de nível superior e em pesquisa acadêmica por meio do Programa de Pesquisa e Produtividade e orientação discente no Programa de Pesquisa de Iniciação Científica ambos na Universidade Estácio de Sá - UNESA/ CNPQ. As Pesquisas são desenvolvidas com ênfase na convergência do Diálogo entre a afirmação da Democracia e os Direitos Fundamentais. Orienta Iniciação Científica junto à FAPERJ sob o tema A Mutação Constitucional Diante da Intervenção do Estado em seu Diálogo com a Ordem Social. Orienta Iniciação Científica junto ao CNPq sob o tema Direitos Fundamentais e Direitos Subjetivos Públicos. E-mail: gaiofilardi@uol.com.br.

RESUMO

Muito festejado com o advento da Carta Política de 1988, o princípio do acesso à justiça foi corroborado no plano infraconstitucional, em especial, com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015. Sem dúvidas, não há como imaginar um sistema jurídico que se disponha à vocação republicana sem estar inserido em amplo e irrestrito espaço de diálogo, sob a égide protetora de um Estado formalmente constituído para resolver os conflitos entre os seus concidadãos. Não se deve afastar, porém, do fato de o acesso à justiça ser insuficiente se considerado o escopo teleológico subsumido em sua própria inteligência e razão de ser: a pacificação social. Neste diapasão, nota-se considerada escassez da capacidade emanente do conjunto popular, frequentemente alijada por demandas hierarquicamente superiores que, na verdade, correspondem à real dinâmica de poder. Instituto jurídico muito conhecido do direito estadunidense, em especial por suas repercussões sociais, a *class action* foi vislumbrada no CPC/2015, porém vetada pelo Poder Executivo. Este instrumento do direito processual e da atividade cívica, negado formalmente à coletividade brasileira pelo poder público, caminha ao encontro do objetivo do acesso à justiça, ou seja, da pacificação social, pois possibilita uma tutela mais justa, efetiva e abrangente dos bens jurídicos. Portanto, faz parecer que a sua exclusão deliberada do ordenamento jurídico representou um paradoxo insuperável à luz do aparentemente pretendido pelo constituinte.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Poder, *Class action*

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário é exacerbadamente intrusivo. Assim, a sua atuação no direito estabelece-se na função reparadora, repreensiva, punitiva e, portanto, *ultima*. Quando não está a serviço do poder, ao que se torna um simulacro da política e dela um mero instrumento (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2014, p. 105), o direito instituído pelo Estado procurará, através da jurisdição, dirimir os conflitos e restabelecer a coesão intersubjetiva, o que possibilitará a harmonização social (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 30).

Quanto ao que se entende por acesso à justiça, há nuances envolvendo o tema, mas, geralmente, o conceito é entendido pela obtenção do justo processo (MENDES; BRANCO, 2017, posição 24116), bem como pela relação isonômica das partes que objetive a construção de um provimento conforme a melhor técnica processual (LEAL, 2016, p. 106). Neste sentido, repara-se que o acesso à justiça não vislumbra exatamente o justo, neste caso entendido como uma potência ética, conquanto a adoção de um procedimento previsível, reconhecível a priori, apto à resolução da querela a qual envolve os demandantes.

Ao se deparar com o instituto estadunidense da *class action*, nota-se que a sua razão de ser apoia-se na eficaz proteção de direitos e na reparação de prejuízos e/ou danos sofridos por uma classe (i.e. grupo de pessoas que compartilhem um interesse comum), que pela impossibilidade fática da reunião de toda a categoria; pela verificação de compatibilidade entre interesses individuais e interesses da própria classe; e por questões de fato e de direito comuns, demanda ao Judiciário de forma coletiva e conjunta. Desta forma, unir-se-iam no mesmo processo judicial indivíduos que de outra forma poderiam gerar prejuízos aos interesses de outros em situação semelhante, ou se a proliferação de demandas apartadas fosse capaz de produzir decisões judiciais inconsistentes (BUENO, 1996, p. 5). Portanto, aduz-se que o advento do corrente procedimento resultou em uma abrangente forma de proteção dos direitos individuais e coletivos, além de tornar mais eficaz a prestação da tutela jurisdicional por parte do Estado, já que por um lado exalta o acesso à justiça e a economia processual, enquanto que por outro lado, recorrendo às ideias de igualdade e paridade em armas, propicia certo nivelamento de poder entre demandantes e demandados.

Partindo destas sucintas definições e fim social da *class action*, este trabalho tem por objetivo melhor entender tal fenômeno e a sua relação com a dinâmica jurídico-social. Em suma, busca-se compreender como

um amplo acesso à justiça possibilita uma igualmente ampla atribuição de poder aos indivíduos. Ademais, como este instituto estava previsto no projeto original do recém-promulgado Código de Processo Civil de 2015, mas, em momento ocaso, foi vetado, e, como citado anteriormente, o direito relaciona-se frontalmente com o poder, é de vital importância buscar o conhecimento das interações entre este e aquele, e como tais interações resultam, em alguns casos – de forma paradoxal –, em menor possibilidade de atuação dos indivíduos na defesa de seus direitos próprios.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada no trabalho será a pesquisa descritiva, apoiada em autores que abordam as temáticas de poder, constituição, direito processual civil e *class actions*. Formar-se-á o material com o auxílio de livros e publicações periódicas de autores como Gilmar Ferreira Mendes, Marcelo Abelha Rodrigues e Cassio Scarpinella Bueno. O objetivo da pesquisa será obter uma base sólida para o que se pretende demonstrar, qual seja, a debilidade inerente de um sistema jurídico o qual carece do instrumento da *class action*, um mecanismo, à luz do direito comparado, comprovadamente eficaz na reparação e na equiparação de direitos pretendidos. Fontes adicionais e que complementem os temas também serão utilizadas a fim de se enriquecer as opiniões elucidadas no trabalho.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 Contextualização Histórica

As raízes históricas das *class actions* remontam ao período medieval europeu. Àquela época, as comunidades eram concebidas de maneira bastante comunitária, de modo que fosse natural que muitas das querelas fossem solucionadas em conjunto. Um caso emblemático, e o mais antigo que se tem registros confiáveis, ocorreu em Canterbury, Inglaterra, em 1199. O arcebispo da cidade litigou em desfavor de quatro de seus paroquianos que se recusavam a pagar uma taxa à autoridade eclesiástica pela possibilidade de enterrarem seus entes junto à capela do cemitério local. Neste caso, a alternativa seria carregar os corpos idos por uma distância considerável, onde também seria cobrada certa taxa pelo serviço funerário (YEAZELL, 1997, p. 688). O interessante aqui é o fato de a decisão ter obrigado ao pagamento de taxas não apenas os quatro diretamente envolvidos na querela, mas todos os demais moradores do local, toda vez que fosse necessária a realização de serviços funerários.

Ainda que o caso *Martin vs. parishioners* seja paradigmático por conter o bojo conceitual das *class actions* contemporâneas, cuja representação fala por muitos representados, havia uma distinção fundamental se comparado ao período atual, qual seja, a representação se reunia em torno de alguém, considerando-se-lhe um indivíduo de fato, falando por muitos, não ainda havendo a construção temporária de uma entidade jurídica abstrata que representasse a todos (DAVIS; EYZENGA, 2011, p. 6). O surgimento gradual das grandes corporações nos séculos seguintes enfraqueceu o medieval modal coletivo na prática, devido à figura da personalidade jurídica. De qualquer forma, no medievo, a concepção das formas coletivas de agir era intuitiva, pois, como citado, a sociabilidade remetia à ideia de vida em comunidade. Sem embargo, deve-se ter em mente que esse período carecia de uma jurisdição unificada capaz de solucionar conflitos de grande vulto, de modo que as ações coletivas tomavam proporções limitadas.

Conforme destacado, a criação das grandes corporações mudou o cenário jurídico na era moderna. Se no Século XII, muitas das disputas coletivas davam-se entre servos e senhores questionando a cobrança de taxas sobre serviços funerários (YEAZELL, 1997, p. 688), no Século XVIII, o contexto era muito distinto. Tratando-se especificamente da Inglaterra, onde o instituto jurídico se desenvolvera com mais destaque até então, as corporações tornaram a realidade jurídica mais complexa, já que a corporatividade era vista como uma concessão real, um privilégio, que permitia a ação da corporação em nome dos indivíduos que a compunham. Era natural, desse modo, que quaisquer eventos envolvendo a corporação interessassem aos seus acionistas consequentemente. Mas, em relação a indivíduos não pertencentes a corporações, o grande questionamento então era como justificar o fato de o interesse de alguns deles serem representativos a ponto de unirem todos os demais (YEAZELL, 1997, p. 691). Neste ponto, duas noções relevantes – até os dias de hoje, inclusive – tomaram forma e passaram a constituir a *ratio juris* das *class actions*, sendo elas a eficiência e a identidade de causas de pedir e pedido entre os litigantes em grupo.

3.2 Eficiência e Numerosidade

Quando se evoca o conceito de eficiência (*binding,* na tradição anglo-americana) para justificar a ocorrência das *class actions*, a primeira impressão é de contemporaneidade jurídica, mas essa ideia não é fiel à história. O caso emblemático concernente à questão foi *Brown vs. Vermuden,* de 1676. Brown era um vigário da Igreja Católica que pretendia, em juízo, garantir o recebimento de taxas sobre as terras onde mineiros

trabalhavam. Vermuden, um mineiro, alegou em sua defesa que não participara do julgamento anterior que dera a garantia ao vigário de cobrar tais taxas sobre outros mineiros, portanto não seria lícito cobrá-lo dentro do mesmo contexto fático. A Corte, após provocada, resolveu em favor do autor, sob a seguinte alegação: caso feito de forma diversa, haveria um número de causas "infinito, e impossível de resolver" (GEDID; HAZARD; SOWIE, 1998, p. 1863). Este é considerado o primeiro caso o qual um juízo decidiu ser necessário 'ligar' (*to bind)* partes, mesmo estando algumas ausentes, que tivessem entre si similaridade de obrigações ou direitos (DAVIS; EYZENGA, 2011, p. 8). O pressuposto da decisão era, como dito, a eficiência processual obtida em reunir muitas pessoas em uma mesma causa. Contudo, faz-se mister a nota de que, nesse momento do Século XVII, os muitos que se reuniam não eram de fato os muitos que, eventualmente, se reúnem atualmente (LYONS, 2021). Muitas das vezes, as uniões se davam entre pessoas que, como os mineiros mencionados, se conheciam pessoalmente, em dezenas ou centenas, não em milhares (se não milhões) como se percebe em muitas *class actions* contemporâneas, de forma que, embora difícil, não era impossível conseguir autorização de outros litigantes (YEAZELL, 1997, p. 692).

Essa concepção de possibilidade de anuência para se estar no litígio é fundamental para o entendimento do segundo conceito que justifica as *class actions*.

Ainda que diretamente ligada à eficiência, a numerosidade (*numerosity*) erigiu-se sobre outro retrato social, portanto outra realidade fática. Conforme as grandes corporações de ações ganharam espaço, dilataram-se concomitantemente os casos de fraudes securitárias e contábeis, bem como as acusações de displicência por parte de muitos de seus corpos administrativos. Em 1718, a britânica Companhia dos Mares do Sul (*South Sea Company),* sociedade de ações público-privada, foi responsável pela quebra das bolsas de valores, episódio conhecido como Bolha dos Mares do Sul *(South Sea Bubble)*, após a Coroa Inglesa ter-lhe concedido o monopólio do tráfico de escravizados para as regiões do Hemisfério Sul, que, entretanto, não correspondeu às demandas dos acionistas, ocasionando brusca queda do valor das ações (YEAZELL, 1997, p. 693).

O que se seguiu ao episódio da *South Sea Bubble* foi um número considerável de ações na justiça. Aqui, há duas posições argumentativas: uma (em nome dos prejudicados pela Companhia, incluindo membros da Corte de Justiça à época), defendendo as ações coletivas; outra (representando os gestores e mantenedores da Companhia), alegando ser

necessário a objeção via ações autônomas e múltiplas, identificando-se cada prejudicado. Há, neste episódio, uma guinada ideológica radical no que concerne às *class actions*, pois os interesses de causa deixaram de ser primordialmente sociais, passando a representar, outrossim, motivações de caráter econômico; deixaram de ser pontuais ou setoriais, podendo referir-se a uma classe inteira. Por fim, conforme ensina os apontamentos de Yeazell, a Corte decidiu que todos os proprietários de ações foram prejudicados, salvo os réus, o que justificaria tomá-los em completude como partes, mesmo que sem os seus nomes – porquanto fosse impraticável –, tendo em vista haver identidade de direitos (1997, p. 693).

3.3 Caracterização Técnica

As *class actions* possuem alguns marcos conceituais estabelecidos pela Lei Federal de Procedimento Civil nº 23 (*Federal Rule of Civil Procedure nº 23*) estadunidense, e que são consagrados como aqueles que justificam a proposição da ação. Estes pré-requisitos condicionantes são quatro, quais sejam: numerosidade (*numerosity*); comunalidade (*commonality*); tipicidade (*tipicality*); e adequação (*adequality)* (EUA, 1966; BARROSO, 2005, p. 132).

A numerosidade, conforme sublinhado em concisa contextualização histórica, tem que ver com a impossibilidade de se reunir todos os interessados nas ações de classe em decorrência de serem muitos. Já a comunalidade está ligada umbilicalmente à representação da eficiência, do mesmo modo supracitada, afinal 'ligar' (*binding)* aqueles cujos fatos e direitos são comuns integra a própria razão de ser desse tipo de ação em específico.

A tipicidade e a adequação são os outros dois pré-requisitos necessários às *class actions*. Aquele tratará da verificação de a argumentação jurídica ser comum ou semelhante à de todos os membros integrantes da classe. Desta forma, no que diz respeito ao interesse do membro no desfecho da ação, o seu modo de agir deve ir ao encontro do modo de agir dos demais, sem que se observe subdivisões nos seus interesses; este, em sua feita, consubstancia-se do atestado dado pelo juiz de que a identidade do membro à classe se verifica. Essa adequação deverá ser observada até o final do processo, pois é o juiz quem decidirá se a sua sentença poderá beneficiar a todos os membros da classe mutuamente (TESHEINER; PORTO, 2016).

Perpassados os pré-requisitos, há três possíveis tipos de *class actions* segundo a *Federal Rule of Civil Procedure nº 23, (b)*. Os dois primeiros são relativos tanto às situações as quais há o risco de se criar decisões contraditórias ou inconsistentes, a ponto de prejudicarem os interesses do grupo;

quanto aquelas cuja ação ou omissão de alguém gera uma pretensão obrigacional, seja de fazer, seja de não fazer, em favor de um grupo genericamente considerado (BARROSO, 2005, p. 133). O que há de comum entre essas duas hipóteses citadas é o não envolvimento de questões materiais ou financeiras no pedido, por isso mesmo o terceiro tipo é o mais comum entre todos.

Nas chamadas *class actions for damages*, há dois elementos que devem ser observados a fim de se justificar a formação da classe. O primeiro deles é denominado predominância (*predominance*), enquanto que o segundo, superioridade (*superiority*). A predominância observa-se caso o juiz identifique que as questões comuns superam as questões individuais (DAVIS; EYZENGA, 2011, p. 16). Ou seja, as questões individuais, quando isoladas, não podem se sobrepor às questões de fato e de direito da classe. No que concerne à superioridade, a via coletiva de demanda deve ser a melhor possível dentro de um conceito de persecução de justiça para todos os membros da classe (BUENO, 1996, p. 8). Assim, considerando-se este ponto de vista, a via judicial da *class action* deverá ser a mais célere, pois eficiente; e a mais eficiente, pois célere.

3.3.1 Caracterização Técnica no Projeto de Lei do Código de Processo Civil de 2015

Em um primeiro momento retirada das discussões realizadas pela Comissão de Juristas designada à elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015, a tutela de direitos coletivos encontrou tímidas disposições no projeto que posteriormente convertera-se na Lei nº 13.105/15 – o Código de Processo Civil de 2015.

No âmbito de sua discussão legislativa, embora de certo não irrelevantes para a dinâmica processual vigente, todavia, a importância despendida pela novel legislação ao tema optara por antepor as técnicas individuais de repercussão coletiva – nomeadamente, o incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o recurso especial e extraordinário repetitivo[5,6] – a outras igualmente aventadas, como a conversão da ação individual em ação coletiva.

5 Conforme destaca-se na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015, a inspiração para a consagração dos mencionados procedimentos possui origem no instituto jurídico alemão denominado *Musterverfahren*: "Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta." (BRASIL, 2010, p. 28).

6 Para uma análise crítica acerca do assunto, cfr. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angústias e desconfianças. *Revista de Processo – RePro*, v. 259, p. 307-329, 2016.

Em se tratando deste último instituto, cuja estrutura apresenta notáveis semelhanças àquela das *class actions* estadunidenses, estabelecera-se no texto-base do Código de Processo Civil de 2015 condicionado ao preenchimento de dois pressupostos necessários à sua formação, a saber: (a) a existência de relevância social; (b) dificuldade de formação do litisconsórcio.

No que diz respeito ao primeiro pressuposto delineado, como indica Barreto, a sua presunção de existência dar-se-ia verificada em relação a direitos difusos, fator este que, segundo reputa, não necessariamente reproduzir-se-ia em relação a direitos coletivos (2014, p. 148-150). Esclarecedor quanto ao tema, por outro lado, o Enunciado nº 37 do Fórum Permanente de Processualistas Civis estabeleceu como presumida a relevância social sem maiores distinções.

De outra sorte, a dificuldade de formação do litisconsórcio representaria, nos moldes da *numerosity* estadunidense[7], a insólita e inviável tarefa de reunir uma multiplicidade de litigantes sob o manto de uma mesma demanda. Trata-se, a rigor, de um critério eminentemente prático, cujo objetivo primordial é impedir que um empecilho se oponha à formação da relação processual (PORTO, 2016).

Uma vez presentes os requisitos mencionados[8], a conversão da ação individual em ação coletiva aplicar-se-ia a determinadas hipóteses delineadas ao longo de seu artigo original. A primeira hipótese diz respeito à ação individual que veiculasse pedido que demonstrasse possuir verdadeiro alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo e cuja ofensa afetasse, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; a segunda hipótese, por sua vez, referia-se a ação individual que tivesse por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, devesse ser necessariamente uniforme[9].

7 Cfr. *supra* p. 06.

8 Na esteira do entendimento esposado no Enunciado nº 37 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, o Enunciado nº 38 atribui aos requisitos delineados para conversão da ação individual em coletiva caráter alternativo.

9 Ao arrepio do instituto estadunidense, de mais a mais, o texto proposto no Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015 previa a exclusão da aplicação do instituto da conversão da ação individual em coletiva em se tratando da tutela de direitos individuais homogêneos (Art. 333, §2º).

Apesar da relativa originalidade de seu escopo na dinâmica processual pátria, sob inúmeras críticas, o instituto da conversão da ação individual em ação coletiva fora vetado pelo Poder Executivo quando da aprovação ao Código de Processo Civil de 2015[10].

3.4 O veto da *Class Action* no Código de Processo Civil de 2015

Quando analisadas as interações inerentes ao poder, é de se esperar que as contradições entre o poder real e o poder suposto criem situações aparentemente contraditórias. Caso, por via do *ir-junto-de-si*, o *ir-além-de-si* seja de fato a principal característica do poder (HAN, 2019, p. 95), também é de se esperar que este se exprima, aqui e ali, a fim de satisfazer às suas demandas próprias. Não há espanto, portanto, na denegação de regras ou procedimentos que desafiem a instância do poder real, já que, se assentidas, decerto prejudicariam não apenas o ir-além supramencionado, mas também o estar consigo.

O que se vislumbrou com esse breve estudo foi compreender acerca da possibilidade de boas intenções encontrarem impedimentos em segundas intenções, tal como isto reverbera no âmbito prático da vida processual, no dia a dia forense. *In casu*, como o instituto da *class action* poderia ter beneficiado o debate e a realidade dos direitos coletivos no Brasil, obviamente se fosse sancionado pela Presidência da República. Como não foi esse o caso, considera-se importante indagar o que perdeu a comunidade pátria com isso.

Não se propõe que as ações coletivas, observados os moldes das *class actions* estadunidenses, tenham alcançado, de forma alguma, unanimidade no que diz respeito à sua aplicação. Às avessas, alguns argumentos têm sido trazidos à baila quando se trata de refutar a *ratio juris* de sua concretização, em especial aqueles ligados à vinculação arbitrária de sujeitos que não estariam originalmente na disputa *(absent parties)*. Com isso, aduz-se espécie de empecilho à noção individualista do *devido processo*, o que, por conseguinte, prejudicaria a observância da representação processual de maneira apropriada[11]. Ocorre que, em primeiro

10 As razões do veto encontram-se no bojo da Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm. Acesso em 04 abr. 2021.

11 Para uma análise aprofundada sobre o tema, conferir LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015.

lugar, a noção de representatividade não é conceito fechado, tendo sido elasticamente ajustada de acordo com as características circunstanciais. Além disto, ainda que os conceitos jurídicos acompanhem o desenlace histórico, o mero desenrolar não significa, invariavelmente, avanço. As leituras individualista e coletivista do processo poderão ser mais ou menos indicadas a depender do caso *in concretu*, mas nenhuma delas será predominante em todas as situações. Como coleciona Osna, talvez seja o caso de se proceder a uma *releitura das garantias do processo*, de maneira a possibilitar um entendimento franco de quando será necessária a relativização de certas balizas individualizantes ou não (2019, p. 264).

Como explicitado, o objetivo primeiro do trabalho foi abordar a aparente correlação entre demandas de poder e de acesso à justiça. Erguer-se-ão, de fato, muitas justificações em desfavor da implementação efetiva das *class actions* – como a ruptura com o tradicional individualismo do processo ou a possibilidade de uma leitura pouco criteriosa do caso –, bem como em favor – melhor gestão da estrutura judiciária, isonomia processual ou risco de pulverização do debate e de seus resultados –. Assim, postar-se ao lado ou não da possibilidade de formas de maior alcance social em juízo; da possibilidade de *se reconsiderar* ou não velhos hábitos (BUENO, 1996, p. 58) dependerá, em nossa opinião, de um posicionamento social dantes posto, *a priori*. Havendo argumentações razoáveis tanto para refutá-las, como para acolhê-las, as opções se darão no campo da efetiva capacidade de se influir nas regras do jogo; neste caso, do processo. O veto, então, se articula como uma poderosa forma de delimitação das regras do jogo. Ocorre que, neste caso, trata-se o jogo da sociedade e, as regras, das possíveis formas de manipulá-la. No limite, entendemos incompreensível como a maleabilidade (lícita) das regras e a expansibilidade plural das possibilidades dos resultados podem ser prejudiciais a um sistema que se propõe de viés democrático.

4. CONCLUSÕES

Conclui-se que não apenas o ordenamento jurídico, mas a comunidade brasileira como um todo priva-se consideravelmente com a ausência do instituto jurídico da *class action*, poderosa ferramenta processual, quiçá a melhor no âmbito das tutelas coletivas. Apesar de o Código de Processo Civil de 2015 prever certos institutos correlatos à matéria, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a *class action* representa, dada a sua ampla cognição horizontal, uma forma mais hábil e robusta para pacificar conflitos sociais (SILVESTRE; DE MORAES NEVES; GUSELLA, 2017, p. 315 e 317) e, por fim, solidificar novos comportamentos e práticas junto à sociedade civil.

Depreende-se do explanado que a efetiva incorporação do instituto da *class action* no ordenamento jurídico pátrio alargaria consideravelmente o escopo de possibilidades de pacificação social, tendo em vista que o relevante instituto jurídico teria municiado sobremaneira o povo, levando-se em conta o suposto querer da CRFB/1988 em seu artigo 1º, parágrafo único[12], tanto no plano material, como no processual. Nada obstante, – *verba volant, scripta manent* –, tal instituto jurídico, originalmente previsto no Código de Processo Civil de 2015, art. 333, foi vetado pelo Poder Executivo, impossibilitando a conversão de ações individuais em ações coletivas, mesmo na presença atestada dos dois dificultadores processuais explicitados no projeto do mesmo Código, e pormenorizados neste trabalho. Pelo discutido, se não há aparente indício de defeito formal, leva-se a crer que o óbice oficial à sua implementação tenha sido baseado em fins exclusivamente políticos, o que, nova e finalmente, dá causa a um paradoxo incontestável quando considerada a ideia de acesso à justiça.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2015.

BARRETO, Susana Cadore Nunes. *Ações pseudoindividuais e ações individuais com alcance coletivo diante do instituto da conversão da ação individual em ação coletiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. *B. Cient*. ESMPU, Brasília, a. 4, n.16, p. 111-140, jul./set. 2005. Disponível em: http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005/a-pr--protecao-otecao-colet-coletiv-iv-iva-a-dos-dir-direitos-eitos-no-brasil-e-alguns-aspectos-da-class-action-norte-americ-1-e-2-coletiva-americanaanaanaanaana1. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

12 "CRFB/1999, art. 1º, parágrafo único: *Todo o poder emana do povo*, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição." (BRASIL, 2021, grifo nosso).

_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: versão atualizada até a Emenda nº 107 de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 abr. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*. v. 82. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1996, p. 92-151. Disponível em: http://scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf. Acesso em 22 set. 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DAVIS, Emrys; EYZENGA, Michael A. A History of Class Actions: Modern Lessons from Deep Roots. *The Canadian Class Action Review*: v. 7, n. 1, p. 3-31, 2011. Disponível em: https://www.bennettjones.com/-/media/Files/BennettJones/Shared/CCAR-Vol-7- No-1-Article-1.PDF. Acesso em 25 mar. 2021.

EUA. *Proposed Amendment To Rule 23 – Class Actions.* Fev. 1966. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/ccl_proposed_amendment_to_rule_23_1.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

GEDID, John, L; HAZARD JR, Geoffrey, C; SOWIE, Stephen. An Historical Analysis of the Binding Nature of Class Suits. *Faculty Scholarship at Penn Law,* Peensylvania, EUA. v. 146, p. 1849-1948, 1998. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1423/?utm_source=scholarship.law.upenn.edu%2Ffaculty_scholarship%2F1423&utm_medium=PDF&utm_campaign=P DFCoverPages. Acesso em: 26 mar. 2021.

HAN, Byung-Chul. *O que é poder?* Petrópolis: Vozes, 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do processo*: primeiros estudos. 13. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo*: *representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015.

LYONS, Kim. Judge approves $650 million Facebook privacy settlement over facial recognition feature. *The Verge.* Nova Iorque, EUA, 27 fev. 2021. Disponível

em: https://www.theverge.com/2021/2/27/22304618/judge-approves-facebook--privacy- settlement-illinois-facial-recognition. Acesso em: 26 mar. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book (Kindle). ISBN: 978-85-472- 1681-8.

OSNA, Gustavo. Multidistrict Litigation e Coletivização Parcial: uma real opção ao modelo de ações de classe? *Revista Eletrônica de Direito Processual,* Rio de Janeiro. a.13. v. 20. n. 2. P. 245-266, maio/ago. 2019. Disponível em: https://www.e- publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/40483/30279. Acesso em: 25 mar. 2021.

PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Conversão da ação individual em coletiva no novo CPC: um veto que não se sustenta. *Consultor Jurídico*. Abr. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-abr-19/tribuna-defensoria-conversao-acao-individual-coletiva-cpc#:~:text=Exigia%2Dse%20que%20o%20pedido,pela%20natureza%20do%20bem%20jur%C3%ADdico.&text=%C3%89%20nesse%20intervalo%20que%20est%C3%A3o,coletivos%20e%20as%20a%-C3%A7%C3%B5es%20pseudoindividuais. Acesso em: 01 abr. 2021.

QUADROS, Isabel Arruda. Poder Judiciário: a problemática da massificação de demandas e decisões à luz do direito comparado. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano. 2, n. 3, p. 735-771, 2016. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0735_0771.pdf. Acesso em 18 set. 2020.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angústias e desconfianças. *Revista de Processo – RePro*, v. 259, p. 307-329, 2016.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; DE MORAES NEVES, Guilherme Valli; GUSELLA, Gabriela Azeredo. Tutela Processual Coletiva: os impactos e novidades do novo Código de Processo Civil. *Anais do Congresso de Processo Civil Internacional*, Vitória, v. 2, p. 303-319, 2017. Disponível em: https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/19845. Acesso em: 24 set. 2020.

TESHEINER, José Maria; PORTO, Guilherme Athayde. Ações de classe nos Estados Unidos da América do Norte: histórico, características, o Cafa (Class Action Fairness Act of 2005) e a ação ajuizada contra a Petrobrás na Corte de New

York. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 105, n. 971, p. 93-116, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.971.05.PDF. Acesso em: 30 mar. 2021.

YEAZELL, Stephen, C. The Past and Future of Defendant and Settlement Classes in Collective Litigation. *The Arizona Law Review,* Arizona, EUA, v. 37, n. 4, p. 687-704, 1997. Disponível em: https://arizonalawreview.org/the-past-and-future-of-defendant- and-settlement-classes-in-collective-litigation/. Acesso em 25 mar. 2021.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO CPC

LINHARES, Liane Isoldi[1]

1 Mestre em Direito (Unesa), linhares_26@hotmail.com.http://lattes.cnpq.br/0165495310326036.

RESUMO

O Legislador ao inserir o princípio da Cooperação no capítulo I, das normas fundamentais do vigente diploma processual civil expressa à intenção de impulsionar uma mudança na cultura combativa que existe em nossa sociedade. A busca pela solução dos conflitos deve ser construída por meio de um procedimento colaborativo e contribuir para um resultado justo e eficiente. Aliado aos princípios da boa-fé e lealdade processual o princípio da cooperação integra um sistema voltado a auxiliar o julgador a enfrentar as questões em conjunto com as partes que se comprometem a participar de um processo orientado pela lealdade e ética. A opção legislativa apresenta uma perspectiva de criação de um modelo procedimental descentralizado em que a obtenção do resultado seja fruto de um trabalho conjunto.

Palavras-chave: Princípio da Cooperação, Modelo Cooperativo, Segurança Jurídica, Efetividade.

1. INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho está inserido na temática dos procedimentos processuais. A adoção de práticas colaborativas em todas as manifestações do processo contribui para a garantia do devido processo legal.

A previsão legal visa estabelecer o estímulo ao diálogo entre as partes e o julgador, a busca pelo equilíbrio das posições e o afastamento do modelo hierarquizado da tomada de decisão.

A imposição legal do princípio da cooperação fortalece o procedimento como instrumento capaz de inibir condutas abusivas e violadoras da boa-fé e ao mesmo tempo potencializa a convergência de esforços dos envolvidos na relação processual para um desfecho breve e justo.

O comando contido no artigo 6º, não desloca o poder estatal de sua atividade típica, ao contrário, permite ao julgador usufruir de melhores condições para o cumprimento do seu dever de prestar a jurisdição.

Para a exposição do tema optou-se pelo método dedutivo com referências bibliográficas de pesquisas em legislação específica, livros e artigos científicos que abordem o princípio da cooperação.

Com o objetivo de identificar os modos como a doutrina e o legislador pensam o instituto em nosso sistema jurídico.

2. INSERÇÃO NO NOVO DIPLOMA PROCESSUAL CIVIL

O modelo cooperativo imposto pelo diploma processual vigente tem origem em outros ordenamentos, conforme demonstra Humberto Theodoro Junior seu manual, ao fazer referência ao artigo 7º do Código de Processo Civil de Portugal: "1- Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio".

A doutrina pátria adotando o modelo cooperativo de processo passa a privilegiar a "lógica argumentativa" na expressão de Humberto Theodoro Jr, fortalecendo a participação das partes na formação da decisão.

> O novo CPC brasileiro esposa ostensivamente o modelo cooperativo, no qual a lógica dedutiva de resolução de conflitos é substituída pela lógica argumentativa, fazendo que o contraditório, como direito de informação/reação, ceda espaço a um direito de influência. Nele, a ideia de democracia representativa é complementada pela de democracia deliberativa no campo do processo, reforçando, assim, "o papel das partes na formação da decisão judicial." (THEODORO, 2015)

Em uma primeira análise podemos entender que o referido princípio foi inserido em nosso ordenamento como regra que se dirige a todos que participam do processo. Na atual concepção o processo passa a ser entendido como produto resultante de uma atividade colaborativa.

Infere-se que o legislador processual civil disponibilizou maior espaço à participação das partes, desde que essa participação seja orientada pelos princípios da boa-fé e lealdade processual.

Acrescente-se que a inserção da regra da colaboração entre os sujeitos do processo no diploma processual é recente, no entanto a doutrina já discute processo colaborativo há décadas, conforme as lições de Barbosa Moreira,

> [...] o artigo 5º, LV, da nova Constituição assegura às partes a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a estes inerentes. A garantia do contraditório significa essencialmente que o demandante e o defensor devem gozar da possibilidade de participar efetivamente do desenvolvimento do processo, de expor suas razões ao juiz, de produzir provas e apresentar alegações, de apresentar suas alegações sobre os argumentos do adversário e sobre as provas apresentas por este ou determinadas de ofício. Ela implica para o juiz a proibição de adotar medidas sem advertir as partes e de apoiar sua decisão sobre fatos e resultados da instrução em face daqueles que não tiveram a oportunidade de se manifestar. (MOREIRA, 1994)

Nas palavras de Fredie Didier, o referido princípio influencia a própria estruturação do processo civil dentro do contexto do direito brasileiro. Alcança o princípio do contraditório inserindo o órgão julgador como "sujeito do diálogo processual" deslocando-o da tradicional posição de "espectador" do confronto entre as partes. Ressignificando o contraditório como um instrumento de aperfeiçoamento das decisões judiciais.

A expressão "comunidade de trabalho", cunhada por Humberto Theodoro Junior traduz o novo significado da dinâmica da relação processual. Na visão atual do legislador a atividade processual deve convergir para o resultado célere e justo. A dimensão da cooperação expressa no dispositivo alcança todos em todas as etapas desconsiderando posições hierárquicas tradicionalmente estabelecidas.

Desta forma devem as partes cooperar com o juiz e este deverá conduzir o processo em cooperação com as partes e todos devem prosseguir cooperando com o Tribunal e de idêntica forma este em relação a todos.

Seguindo a análise em plano mais detalhado, destacam-se alguns questionamentos que vem ocupando parte da doutrina. Qual o alcance do dever de cooperação das partes em confronto com seus interesses particulares?

Daniel Mitidiero, em sua doutrina lança um alerta sobre o equívoco de interpretar o princípio da cooperação como uma imposição às partes de colaborarem entre si. Como desconsiderar os interesses distintos ou opostos que impulsionam as partes à submissão do conflito a analise judicial?

Outra inquietação surge em relação à abrangência do dispositivo, a reduzida previsão de dispositivos específicos no diploma processual civil e a ausência de uma sanção para seu descumprimento.

Nos ensinamentos de Cassio Scarpinella Bueno, encontramos referências à aplicação do princípio da cooperação, quanto à necessidade de especificar os motivos do indeferimento da petição inicial, na forma do artigo 321, observando um "dever de esclarecimento" ou a determinação de prévia oitiva das partes antes de proferir a decisão, conforme dispõem o artigo 9º; cumprindo o "dever de consulta", entre outras.

Daniel Assumpção em comentários ao artigo 6º faz um contraponto entre o que denomina "consagração legal" de que a decisão de mérito deve ser um objetivo comum das partes e do juízo e a omissão do legislador em prever uma sanção para o descumprimento do dever de colaboração entre os sujeitos do processo.

Alcançar um ponto de equilíbrio entre a natureza combativa da relação processual e a adequada aplicação das exigências constitucionais de boa fé e lealdade processual nos parece um caminho para a melhor compreensão do princípio da cooperação.

3. O ALCANCE SUBJETIVO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

A extensão subjetiva do referido princípio tem sido objeto de divergência na doutrina, que tem tratado do tema com perspectivas distintas. Segundo Mitidiero, o princípio da cooperação da forma como está previsto se insere como instrumento de garantia de um "processo justo e idôneo", expressa em sua doutrina o entendimento de que a "colaboração no processo" não significa uma imposição de colaboração das partes entre si.

A formação de uma relação processual se justifica em razão da situação conflituosa entre as partes, ou seja, não existem interesses convergentes entre os envolvidos no conflito. A cooperação que se deve esperar é do juiz em relação às partes na administração do processo,

> [...] mediante a instituição de regras de conduta para o juiz. E aqui importa desde logo deixar claro: a colaboração no processo civil não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo civil que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio (obviamente, isso não implica reconhecer o processo civil como um ambiente livre dos deveres de boa fé e lealdade, assunto correlato, mas diverso). (MITIDIERO, 2011)

Numa visão distinta, Lenio Streck destaca que a cooperação não deve ser interpretada como uma conduta comum às partes e ao juiz.

Em sua doutrina defende que a interpretação do dispositivo no sentido de que cabe ao juiz conduzir o processo em colaboração com as partes, se mostra equivocada, entender dessa forma é admitir uma intervenção sem parâmetros, potencialmente perigosa à sua imparcialidade. Conclui afirmando que o juiz "corre o risco de se tornar também um litigante".

A relação processual impõe papéis distintos às partes e ao julgador, tentar estabelecer uma conduta recíproca de cooperação resultaria no rompimento dessa estrutura nivelando todos à mesma posição o que não se coaduna com a realidade de uma situação de conflito.

Não se pode ignorar, os motivos que ensejam a formação de uma relação processual, quando as partes se dirigem ao judiciário, o fazem tencionando obter um resultado que satisfaça seus próprios interesses.

A intenção do legislador em inserir o referido princípio no diploma processual civil vigente se fundamenta na exigência da boa-fé e da lealdade processual que devem pautar todos os atos praticados no processo.

A questão que se põe diz respeito aos limites dessa imposição, pois exigir que os envolvidos no conflito "baixem as armas" e assumam uma postura de absoluta cooperação para alcançar um resultado seja justo e efetivo, não nos parece uma equação de simples aplicação.

Imperiosa a interpretação do verdadeiro sentido do princípio da cooperação como instrumento de facilitação do diálogo entre as partes estabelecendo um vínculo de confiança e valorizando o exercício do contraditório. Na concepção de "Estado Constitucional" versada por Mitidiero, não existe mais espaço para decisões inadequadas ao conflito submetido ou para julgamentos automáticos. A intervenção das partes auxiliando o julgador na construção da decisão garante a efetividade da prestação da jurisdição.

Reconhecidamente incumbe ao juiz observar certas condutas cooperativas na condução do processo, tais como o dever de esclarecimento; prevenção; consulta as partes para garantia de suas manifestações e o auxílio as mesmas diante de obstáculos ao exercício de direitos.

Contudo toda essa atividade deve ser submetida ao controle do próprio julgador para que não se cometam excessos. É preciso manter com clareza a distinção entre cooperação e intervenção.

A análise do referido princípio não pode criar a percepção de que seria permitido ao julgador exigir que as partes cooperem entre si, sob pena de não alcançarem o prometido resultado justo e efetivo! Na doutrina de Elpídio Donizetti,

> A doutrina brasileira importou do Direito europeu o princípio da cooperação (ou da colaboração), segundo o qual o processo seria o produto da atividade cooperativa triangular (entre o juiz e as partes). A moderna concepção processual exige um juiz ativo no centro da controvérsia e a participação ativa das partes, por meio da efetivação do caráter isonômico entre os sujeitos do processo. (DONIZETTI, 2017)

Afirma o doutrinador que a adoção do referido princípio impõe as partes a adoção de uma postura mais "participativa", valorizando o exercício da cidadania, ao mesmo tempo em que exige do julgador uma atuação com foco na divisão do trabalho, despojada do estereótipo centralizador. No mesmo sentido Didier,

> Surgem deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional, que assume uma "dupla posição": "mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual", e "assimétrico" no momento da decisão, não conduz o processo ignorado ou minimizando o papel das partes na "divisão do trabalho", mas, sim, em uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio. (DIDIER, 2020)

O princípio da cooperação, enquanto princípio processual se realiza com a participação ativa das partes, na oportunidade de manifestação com influência no provimento jurisdicional. A colaboração processual significa que as partes e o juiz devem agir em conjunto convergindo esforços para alcançar um provimento justo e eficiente.

4. A AUSÊNCIA DE SANÇÃO PARA O DESCUMPRIMENTO DE UM DEVER

Diante do tema trazemos a indagação de Lenio Streck: "e se as partes não quiserem cooperar com o Estado? O cidadão tem o dever de cooperar com sua parte adversa?" Conforme se extrai da previsão legal contida no artigo art. 6º do CPC, o princípio da cooperação se situa na ordem dos deveres processuais.

Segundo Carnelutti "o dever consiste na subordinação de interesse do sujeito a um interesse alheio." E prossegue afirmando, "a violação do dever consiste num ato ilícito, como forma de garantir a proteção do interesse alheio.".

Segundo a doutrina o princípio da cooperação impõe um elenco de regras a serem observadas na condução do processo: deveres de esclarecimento, de consulta, de prevenção e de auxílio.

O dever de esclarecimento, expressa a necessidade de clareza do juiz em relação às manifestações das partes bem como das partes em relação ao juiz. As partes devem postular com clareza, devem se manifestar de forma inequívoca, da mesma forma que o juiz deve fundamentar seus pronunciamentos com transparência.

Como exemplo do princípio do esclarecimento pode ser apontado o artigo 357, parágrafo 3º, que estabelece:

Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações. (art. 357, §3º, CPC/2015).

O dever de consulta ou dialogo se impõe como exercício do contraditório, devendo o juiz ouvir as partes antes de decidir sobre questões que influenciem a resolução do mérito. Temos a consagração da vedação a decisão surpresa. A prévia consulta as partes minimiza discordâncias. A decisão construída com a participação das partes tem maiores chances de ser efetiva. Conforme se verifica da redação dos artigos9º e 10º do CPC,

> Art. 9º Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida.
>
> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício. (arts.9 e 10, CPC/2015).

O dever de prevenção incumbe ao juiz à verificação de irregularidades sanáveis a fim de que sejam corrigidas evitando o comprometimento da eficácia da decisão. Prevenir nulidades é conduta conexa ao princípio do aproveitamento dos atos. O artigo 321 do CPC, como exemplo do referido dever, ao dispor que:

> O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado (art. 321, caput, CPC/2015).

O dever de auxílio ou adequação consiste em suporte oferecido pelo juiz as partes com o intuito de afastar eventuais obstáculos ao exercício de direitos ou deveres. Contribui para o equilíbrio do processo. Estimula a adequação do procedimento considerando as particularidades do caso concreto. Destaca-se do diploma processual civil como exemplo do dever de auxílio às partes, o parágrafo 1º do antigo 373,

> Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (art. 373, §1º, CPC/2015).

Acrescente-se também em relação às partes o dever de lealdade processual, devendo agir de forma leal de acordo com a verdade e a ética. Não se trata de exigir que parte o compartilhe informações com a parte contrária abrindo mão de seus interesses, mas sim de abster-se de alterar fatos ou omitir dados imprescindíveis para a adequada apreciação do conflito. A colaboração prevista no diploma processual impõe as partes um agir em conjunto fornecendo informações úteis e necessárias ao juiz para alcançar uma decisão justa.

Considerando que um dever constitui uma conduta imposta, que seu descumprimento constitui um ato ilícito e, portanto atrairá uma sanção processual a previsão legal do princípio da cooperação tem provocado em parte da doutrina relevantes considerações acerca da ausência de previsão de uma sanção em caso de descumprimento. Conforme destaca Daniel Amorim,

> No art. 6º do Novo CPC consagra-se o princípio da cooperação, passando exigir expressa previsão legal para que todos os sujeitos do processo cooperem si para que se obtenha a solução do processo com efetividade e em tempo razoável. Como o dispositivo prevê a cooperação como dever, é natural que o desrespeito gere alguma espécie de sanção, mas não há qualquer previsão nesse sentido no dispositivo ora analisado.(NEVES, 2017)

Nesse sentido a imposição do dever de cooperação prevista no diploma legal parece carecer do elemento sancionatório para garantia de sua efetividade. Essa percepção se justifica pelos ensinamentos de Paulo Nader,

> A coação estatal, inclusa nos sistemas jurídicos, é fator valioso e muitas vezes preponderante para se alcançar a obediência à lei. [...] O Direito, assim como os demais instrumentos de controle social, seria apenas um convite para a adoção de determinados modelos. A coercibilidade, entendida como possibilidade de o Judiciário ou órgãos da administração acionarem a força, revela-se fator essencial ao Direito. (NADER, 2017)

Diante do exposto seria razoável afirmar que a ausência de regra específica para combater condutas anticooperativas, poderia comprometer a efetividade do modelo cooperativo de processo?

A resposta à indagação encontra fundamento na percepção de que o princípio da cooperação deriva dos princípios da boa fé e da lealdade processual e como tal impõe a todos os envolvidos sua observância sob pena de serem punidos com as sanções previstas para a litigância de má-fé.

De tal forma sujeitam-se as partes ao sistema de sanções previsto no diploma processual vigente permitindo ao juiz a aplicação da sanção que entender adequada e, portanto não há que se falar em omissão do legislador em prever sanções especificar para as condutas violadoras do princípio da cooperação.

Condutas anticooperativas são manifestações que atingem a boa fé e a lealdade processual, não sendo possível dissociar esses princípios diante das consequências práticas. Deverá o juiz responsabilizar a parte infratora por eventuais danos processuais considerando a extensão do ato praticado.

Da mesma forma que o diploma processual civil vigente disponibiliza as partes instrumentos para exigir do julgador a observância do princípio da cooperação na condução do processo, a exemplo do disposto nos artigos 9º e 10º do CPC.

Em síntese pode-se afirmar que o princípio da cooperação é produto do esforço do legislador ao longo décadas buscando aprimorar o sistema processual para atribuir maior agilidade e qualidade ao sistema processual.

Afastando o protagonismo do julgador e ampliando a participação das partes na construção da decisão e ao mesmo tempo atribuindo a todos a responsabilidade pelo desenvolvimento do processo e construção do resultado contribui para a melhoria da qualidade dos resultados tornando a prestação jurisdicional mais célere e justa.

5. CONCLUSÕES

O modelo de cooperativo previsto no artigo 6º, do diploma processual civil vigente se apresenta como modelo mais adequado ao Estado Democrático de Direito. A adoção de práticas colaborativas contribui para a obtenção de um resultado construído pelas partes junto ao juiz.

Muitos aspectos positivos fortalecem o princípio da cooperação como opção legislativa adequada para a concepção atual do procedimento. As práticas colaborativas prestigiam a isonomia, a lealdade processual, potencializam o diálogo entre os sujeitos do processo, influenciando na construção de um resultado adequado e justo.

Reconhecido como um princípio que agrega garantias ao contraditório, à cooperação dos sujeitos do processo possibilita ao julgador uma melhor construção da solução de mérito mais célere e justa.

Com relação à imposição de cooperação das partes entre si, parte da doutrina defende que o princípio da cooperação , se impõe somente em relação ao juiz para com as partes e vice versa, justificando a incompatibilidade diante condição dos litigantes na relação processual.

Em outro momento, foram apresentados entendimentos considerando superada a divergência e consagrando o princípio conforme a redação do dispositivo legal.

A ausência de previsão de uma sanção específica em caso de descumprimento do dever de colaboração tem suscitado alguns questionamentos. Todavia o princípio da colaboração considerado como um princípio que deriva dos princípios da boa-fé e da lealdade processual torna desnecessária a previsão de uma regra específica, cumprindo o juiz aplicar as sanções previstas para as condutas violadores da boa-fé.

Os questionamentos apresentados nessas breves considerações sobre o tema se prestam a provocar reflexões e fomentar os debates. Afastadas as controvérsias, no entanto é possível afirmar que a cooperação

dos sujeitos do processo contribui como elemento legitimador do procedimento, como facilitador da celeridade e garantidor de contraditório.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *In Temas de direito processual* (quinta série). São Paulo: Saraiva 1994.

BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único* – 4ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoría General del Derecho*. Trad. Carlos G. Posada. Madri: ERDP, 1941, p 190.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimen*to. 22ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. · Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil* – 20ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *A Colaboração como Modelo e como Princípio no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ªed.: São Paulo. Revista dos Tribunais. 2015.

_*Colaboração no processo civil como prêt-à-porter: um convite ao diálogo para Lenio Streck*. Revista de Processo, v. 194, São Paulo: RT, 2011. p. 62.

_*Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. 146 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito.* 24ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 106.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 9ª ed - Salvador. Ed. JusPodivm, 2017.

STRECK, Lenio Luiz et al. *O "bom litigante": riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC*. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v.23, n. 90, p. 339-354, abr./jun. 2015. Disponível em: http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24DB18334014DB1863B253065.

_*Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 528.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I .56ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LAWFARE E A DECISÃO JUDICIAL: SINTOMAS DE UMA TEORIA DA DECISÃO DEFICITÁRIA E AS GARANTIAS PROCESSUAIS

PRADO, Rodrigo Ferreira[1]
PONTES, Fernando de Oliveira[2]

1 Advogado, graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense, membro pesquisador do Grupo de Pesquisa em Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP-UFF). E-mail: r.prado1984@gmail.com;

2 Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, professor da Universidade Candido Mendes. E-mail: fernandorj@globo.com

RESUMO

O presente artigo trata do conceito de *lawfare* no contexto das decisões judiciais e, consequentemente, de sua relação com uma teoria da decisão que lide com esse fenômeno verificado na prática jurídica brasileira e mundial. Para tanto, foi feita uma análise dos avanços da atividade jurisdicional brasileira, em seus contornos estruturais e conceituais. Uma vez disposto o que é, de fato, o fenômeno político-jurídico da *lawfare,* trabalhamos com a hipótese de que sua ocorrência é sintoma de uma teoria da decisão deficitária em suas práticas e fundamentos. A análise em quadro lança mão de uma estruturação histórica e teórica acerca do fenômeno, bem como de sua manifestação prática nos tribunais e em demais discursos jurídicos, sem olvidar de sua importância para a temática do processo civil brasileiro.

Palavras-chave: Hermenêutica; *Lawfare*; Constitucionalismo; Processo.

1. INTRODUÇÃO

Não é novidade que diversos paradigmas jurídicos foram gestados após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, é de se mencionar a importância da jurisdição constitucional enquanto mecanismo de efetivação dos valores e garantias expressos no novo texto constitucional e, com isso, as atividades do Supremo Tribunal Federal enquanto última voz sobre o texto constitucional entram em evidência – tendo em vista, também, os mecanismos de discussão por meio das ações de constitucionalidade. Nessa seara, podemos verificar, também, a expansão da estrutura judiciária do país, como a expansão e a interiorização de varas da justiça federal, fenômeno expressivo no lapso temporal compreendido entre o ano de 2009 a 2017 (PEREIRA, FABIANA ALVES. 2020).

Destarte, certos fenômenos começaram a ser notados e discutidos nos salões jurídicos. Por exemplo, Luís Roberto Barroso (2018) fala de um "papel iluminista" a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal na democracia brasileira. Christian Lynch (2017), em análise do avanço da posição do Supremo Tribunal Federal e das discussões jurídicas sob o contexto político brasileiro menciona o termo "Revolução Judiciarista" e "tenentismo togado", numa referência à Revolução Francesa e ao movimento tenentista brasileiro, para colocar em evidência a importância da atividade jurisdicional nos contornos políticos brasileiros.

O avanço estrutural da atividade jurisdicional no Brasil, bem como os seus novos contornos no enquadramento imaginário, sejam eles oriundos da verve popular e pouco instruída quanto ao universo do Direito, ou aqueles proferidos por magistrados em entrevistas, escritos e decisões, jogou luz sob formas outrora adormecidas nas teorias e na práxis judiciária. Um desses fenômenos é aquele que responde pelo termo de "*lawfare*". O termo, primeiro cunhado por um ensaio político de Charles Dunlap Jr. (2015), foi trabalhado pelos antropólogos John e Jean Comaroff (2006) em um contexto majoritariamente político, em especial na retórica da inteligência militar. No Brasil, esse termo, que ganhou centralidade no contexto das ações da Lava-Jato e do caso do ex- presidente Lula, é conceituado por Cristiano Zanin Martins (2019) como "o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo". Ainda que os efeitos deletérios da *lawfare* sejam quase sempre vistos na esfera do Direito Penal material e no Direito Processual Penal, vale a pena evidenciar os seus contornos na processualística civil, especialmente se tivermos em mente um instituto como a inversão do ônus da prova e das garantias do juízo natural.

Apenas a título ilustrativo, Ronald Dworkin (1999) cita que as repercussões patrimoniais num processo civil são extremamente graves na medida em que "nos processos civis, nos quais uma pessoa pede que outra a indenize ou ampare por causa de algum dano causado no passado ou ameaça de dano, têm às vezes consequências muito mais amplas que a maioria dos processos criminais".

O presente trabalho, portanto, tem como escopo discutir o fenômeno da *lawfare*, um conceito que opera na esfera político-jurídica com graves repercussões em decisões judiciais proferidas na esfera penal, mas também na esfera cível. Uma vez, portanto, que se identifique o que é e como opera a *lawfare* no sistema jurídico brasileiro, avançamos para a construção de como uma teoria da decisão comprometida com sua consistência prática e teórica pode servir como um remédio, sem nunca olvidar das garantias processuais civis. Nesse ínterim, foi utilizada a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck (2009), que por meio da hermenêutica filosófica, do giro ontológico empreendido na filosofia e nos seus desdobramentos na ciência jurídica, pode nos oferecer um caminho viável para o contorno dos percalços vistos em decisões jurídicas deficitárias, eivadas da injustiça característica do *lawfare*.

2. METODOLOGIA

A metodologia aqui apresentada é majoritariamente bibliográfica, fazendo uso dos estudos empreendidos a nível nacional e internacional sobre o fenômeno do *lawfare*. Ademais, os outros aportes teóricos apresentados, como a teoria de Lenio Streck (2009), que nos será cara, também têm um caráter majoritariamente bibliográfico. Optou-se por não fazer um estudo pormenorizado de casos, sob o risco de o trabalho tornar-se enviesado por preferências subjetivas e políticas, e por entendermos não ser de estrita necessidade uma análise profunda de casos em que possa se verificar a *lawfare* para os fins a que este trabalho se propõe. Não podemos, no entanto, tendo em vista à temática, nos esquivar de mencionar casos políticos emblemáticos, como a Lava- Jato e o ex-presidente Lula.

3. AVANÇOS ESTRUTURAIS DA JUSTIÇA BRASILEIRA

Para que possamos traçar um esquema da formação de um pensamento jurídico que possibilitou a discussão sobre um fenômeno como a *lawfare*, é necessário, ainda que brevemente, fazermos apontamentos sobre os avanços estruturais da jurisdição brasileira pós Constituição Federal de

1988. Em números absolutos, a força de trabalho no poder judiciário, que compreende a fração de servidores a magistrados, aumentou em 115.618 de 2009 a 2019 (CNJ, 2019). No entanto, apenas os números não fazem jus para que possamos entender a importância do aumento estrutural da justiça brasileira. Tomamos como exemplo a Justiça Federal, em que podemos observar uma grande expansão e descentralização a partir da Constituição Federal de 1988, que foi dividida – após o molde unitário estabelecido no Ato Institucional nº 2 de 1967 – em cinco sub- regiões, cada qual com o seu tribunal respectivo. Fabiana Alves Pereira (2020) aponta que:

> Esses tribunais receberam grande parte das competências outrora atribuídas ao extinto Tribunal Federal de Recursos, substituído com outros contornos pelo Superior Tribunal de Justiça. Houve considerável ampliação das hipóteses de atuação da Justiça Federal. Além das demandas envolvendo questões internacionais e aquelas em que a União, suas autarquias e empresas públicas sejam partes ou interessadas, destacam-se as disputas sobre direitos indígenas, algumas hipóteses graves de violação de direitos humanos e demandas relacionadas a crimes contra a organização do trabalho, o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira. (PEREIRA, 2020, cap. 2.3)

Parte da responsabilidade para o aumento estrutural da atividade jurisdicional no Brasil pode ser explicada pelas escolhas legislativas atinentes ao assunto na primeira, e em fração da segunda década, do século XXI. A Emenda Constitucional nº 45/2009, popularmente chamada de "reforma do judiciário" trouxe institutos que prometiam remediar a percepção de que a justiça brasileira era demorada e ineficaz, como os institutos das súmulas vinculantes, da repercussão geral e dos recursos repetitivos. Por sua vez, a Lei nº 12.011/2009 dispôs sobre a criação de 230 Varas Federais, "destinadas, precipuamente, à interiorização da Justiça Federal de primeiro grau e à implantação dos Juizados Especiais Federais no País".

Podemos aduzir, dessa forma, que no intuito de endereçar as críticas de uma grande parcela da sociedade que via e vê a atividade jurisdicional brasileira como morosa e atabalhoada, a Administração Pública expandiu em termos geográficos a estrutura do Poder Judiciário brasileiro. E essa pode ser, como se verá a seguir, uma das razões pelas quais o papel do juiz enquanto um agente representativo na sociedade cresceu exponencialmente no imaginário da nação, em diferentes frontes, das contendas eleitorais às tributárias, das criminais às cíveis.

3.1. Um possível novo imaginário da função jurisdicional

Endereçado, portanto, as questões atinentes à expansão da estrutura do Poder Judiciário no território brasileiro, passamos a traçar a hipótese da gestação de um imaginário pertencente à prática e aos discursos jurídicos.

Por um lado, nós temos um representante do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Luís Roberto Barroso (2018), que em entrevista ao jornal Folha de São Paulo, expôs o entendimento de que: "supremas cortes desempenham três grandes papéis em uma democracia: contramajoritário, representativo e iluminista". Sobre os dois primeiros tópicos não há de se apontar maiores contendas, uma vez que são representativos de uma teoria pacificada quanto ao papel de uma corte constitucional e do conteúdo material do texto constitucional brasileiro. Sobre o último, no entanto, o papel "iluminista", vale anotar o que explica o Ministro quando da escolha do termo:

> Já o papel iluminista deve ser exercido com grande parcimônia e autocontenção, em conjunturas nas quais é preciso empurrar a história. Em alguns momentos cruciais do processo civilizatório, a razão humanista precisa impor-se sobre o senso comum majoritário. (BARROSO, 2018)

Como exemplos práticos, Luís Roberto Barroso cita "a abolição da escravatura ou a proteção a mulheres, judeus, negros, homossexuais, deficientes e minorias em geral foram conquistas que nem sempre puderam ser feitas pelo processo político majoritário". Não há de se condenar tais colocações quando se entende que o documento constitucional prevê a proteção às garantias e direitos fundamentais, imiscuídos aqui na proteção de minorias. No entanto, há de se questionar o papel institucional em que juízes, desembargadores e ministros operam no quadro da separação de poderes em um Estado Democrático de Direito, uma vez que se entende que há conjunturas nas quais o Poder Judiciário tem a prerrogativa de "empurrar a história". Os meandros pelos quais uma teoria calcada no voluntarismo do ator central do Poder Judiciário, qual seja, o juiz, pode se relevar amargo se o interlocutor deposita tão somente em tal poder as suas expectativas de concretização de valores progressistas. Essa perda de expectativa na sociedade civil e no Poder Legislativo e seus representantes enquanto atores capazes de pacificar as relações sociais e suprir a demanda por isonomia e equidade no âmbito da justiça são fenômenos que podem acarretar naquilo que Antoine Garapon (1999) chama de "desvio aristocrático ou tentação populista" do juiz.

É nessa esteira que o termo "neoconstitucionalismo"[3] ganha bastante atenção nos últimos anos, ainda que o seu significado e os contornos de sua prática ainda pareçam ser nebulosos para parte dos juristas. Sobre o descolamento entre o contexto histórico ao qual o termo está vinculado e sua utilização na prática jurídica contemporânea, que transita entre os discursos sobre a aplicação dos princípios jurídicos e a atividade interpretativa das leias e da Constituição Federal, escreve Lenio Streck (2017):

> Alguns juristas compreenderam mal o sentido do novo Constitucionalismo: por não terem compreendido o problema da diferença entre o velho positivismo exegético (sintático) e o positivismo normativista (semântico), pensaram que o 'neoconstitucionalismo' seria a forma de superar o exegetismo. E, para isso, apelaram para a busca de valores que estariam 'escondidos' por debaixo dos textos legais. Esse problema também se repetiu na equivocada compreensão do sentido dos princípios, conceituados como 'positivação de valores' ou a 'sofisticação' dos velhos princípios gerais do Direito, que, como se sabe, não passavam de axiomas. (STRECK, 2017, p. 145).

Na mesma entoada, Christian Lynch (2017) fala, em um sentido político- jurídico, de um fenômeno que chama de "Revolução Judiciarista", que compreende um "fenômeno doutrinário-ideológico voltado para legitimar a judicialização da política e a atuação política dos operadores jurídicos".

A atuação política de magistrados, sem o lastro do que prevê a lei ou a Constituição, ou fazendo uso de interpretações deficitárias de tais textos normativos, é peça fundamental para se entender o contexto no qual a *lawfare* é praticada no Brasil. Porque somente um juízo não responsável de sua obrigação institucional faz uso do Direito para perseguir programas políticos, econômicos ou ideológicos, calcado, no fim, de uma decisão que é deficitária em sua fundamentação, um dever elementar no ordenamento jurídico brasileiro. É por esse motivo que se mostrou necessária a explanação acerca dos novos contornos estruturais e imaginários da função jurisdicional no Brasil, uma vez que seus atores muitas vezes se veem imbuídos de uma missão institucional "iluminista" que, a fim de "empurrar a história", fazem uso de artifícios retóricos característicos do malgrado fenômeno da *lawfare*, como se verá a seguir.

3 Acompanhando tradicional obra sobre o tema, de Miguel Carbonell (2009), há vários neoconstitucionalismos, diante de inúmeras variantes doutrinárias.

4. LAWFARE: CONCEITO, HISTÓRICO E CONTEXTOS

Perpassado o contexto criador de um terreno jurídico propício ao surgimento de correntes, teorias e práticas voluntaristas, façamos uma análise conceitual e histórica do *lawfare*. Como explica Cristiano Zanin Martins (2019), o termo "*lawfare*" nasce de um "neologismo, uma contração das palavras '*law*' (Direito) e *warfare* (guerra)." Um de seus primeiros usos é datado de 1975, em um artigo de John Carlson e Neville Yeomans, em que se afirma de o "*lawfare* substitui a guerra e o duelo é com palavras e não com espadas". A dimensão bélica, portanto, característica própria de um combate, é chave para entendermos o aporte no qual o termo está inserido no universo do Direito. A atividade jurisdicional sob esse prisma, portanto, não é agora um meio pelo qual as partes resolvem o seu conflito mediado por um terceiro imparcial – consubstanciado no Princípio do Juiz Natural – mas o conflito em si é o agente principal do fenômeno. Ainda nos conceitos embrionários de *lawfare*, aponta Cristiano Zanin Martins (2019):

> O texto, porém, que popularizou o termo *lawfare* e orientou os debates dos últimos anos foi escrito em 2001 pelo então coronel da Força Aérea estadunidense Charles Dunlap, para quem o "*lawfare*, isto é, o uso da lei como a arma da guerra, é a mais nova característica do combate do século XXI". (MARTINS, 2019, cap. 1.2)

Menciona-se ainda, em razão de sua importância, a obra de Orde Kittrie (2006) que, com base no conceito de Charles Dunlap, explicita o conceito de *lawfare* centrado em dois elementos: a utilização da lei para criar efeitos semelhantes aos tradicionalmente almejados na ação militar convencional e a motivação no desejo de enfraquecer ou destruir um adversário (MARTINS, 2019). No Brasil, o já citado trabalho de Cristiano Zanin Martins (2019) é um importante aporte teórico sobre a temática, e o autor traz uma definição própria para o fenômeno da *lawfare*, conceituando-a como "o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo". Além disso, Fabiana Alves Pereira (2020), em análise ao caso Lava Jato, no Brasil, elenca o conceito de "ação estratégica" que, sob os aspectos fáticos que envolvem notórios contornos da operação, pode ilustrar muito bem o que é a *lawfare* sem que, necessariamente, se utilize esse termo:

> Do conceito de voluntarismo aproveita-se neste livro, e considera-se especialmente útil, a noção de ação estratégia, isto é, a ação de atores do sistema judicial que põem os fins acima dos meios e calculam seus passos e suas decisões em função dos resultados que pretendem alcançar. (PEREIRA, 2020, cap. 1)

Como se pode depreender da plêiade de conceitos formulados, seja no contexto da estratégia militar ou na prática que envolve a atividade jurisdicional, podemos concluir que alguns aspectos são fundamentais à *lawfare*: o uso do Direito como instrumento de conflito, para minar a capacidade de uma das partes de arcar com os custos financeiros, físicos e emocionais de um processo judicial; a área nebulosa em que o próprio juiz pode ser parte desse conflito, na medida em que pode representar não um ponto neutro e intermediário entre as partes, mas um sujeito com interesses próprios na demanda; e, por fim, o uso de instrumentos legais sob o ponto de vista da formalidade, uma vez que chancelados por um juízo investido no exercício de seu poder legítimo, mas que revelam uma ação estratégica com finalidades bélicas.

A menção à Operação Lava Jato não foi gratuita, uma vez que a mesma é constantemente associada às práticas de *lawfare* no contexto jurídico brasileiro contemporâneo. Recentemente, no dia 23 de março de 2021, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por meio do HC 164493, reconheceu a suspeição do juiz Sérgio Moro, outrora reconhecido por ser o responsável pelos processos no âmbito da Lava Jato em Curitiba, na condução da ação penal que condenou o ex-presidente Lula por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Como elementos que corroboram a tese de suspeição e imparcialidade do juiz Sérgio Moro, no processo judicial que trouxe diversas implicações políticas para o país, o Ministro Gilmar Mendes apontou: "a ilegal condução coercitiva de Luiz Inácio Lula da Silva"; "arbitrária quebra de sigilo telefônico do paciente, de familiares e até de advogados"; "divulgação ilegal de áudios"; "atuação do Juiz Sérgio Moro para impedir a ordem de soltura contra Lula"; "o fato de, na última semana antes do primeiro turno das eleições, o juiz Sergio Moro, de ofício, ter levantado o sigilo de parte da delação premiada de Antônio Palocci Filho, cuja narrativa buscava incriminar o ex-Presidente"; e "o fato de que o Juiz Sergio Moro ter assumido o 'Ministério da Justiça ampliado', do governo do opositor político do paciente".

Como se vê pelo voto do Ministro Gilmar Mendes no âmbito do HC 164493, as práticas de Sérgio Moro quando da condução da ação penal que envolvia o ex- Presidente Lula foi eivada de um voluntarismo característico de um ator político que faz uso do Direito para fins personalistas. E frisa-se que, no momento do cumprimento da pena, após a sentença condenatória em segunda instância, não se cogitava a discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal a suspeição de Sérgio Moro, que já havia sido alvo de pedidos dessa natureza por parte da defesa – naquele momento, portanto, e mesmo posteriormente quando do cumprimento da pena do réu, o sistema judicial corria em normalidade, formalmente e materialmente. Poderíamos trazer outros exemplos de posicionamentos voluntaristas e com finalidades políticas praticadas por agentes públicos no âmbito da Lava Jato, como quando o Ministério Público Federal de Curitiba tentou converter 2,5 bilhões de dólares oriundos de multas aplicadas à Petrobrás para um fundo próprio (PEREIRA, 2020), mas não é o escopo deste trabalho fazer uma dissecação da dita maior operação contra corrupção no país - essa tarefa vem sendo feita pela história e por àqueles comprometidos com uma atividade responsável no Direito.

Por fim, faz-se um apelo para a sensibilidade dos institutos que podem ser afetados pela *lawfare*, por um uso estratégico do Direito para fins políticos, econômicos ou programáticos. E esses institutos podem ser tanto de natureza penal, como se viu demasiadamente no âmbito da Lava Jato, como de natureza processual civil. Como exemplo, citamos o mau uso que pode ser feito de um instituto como a inversão do ônus da prova ou a própria disfuncionalidade de uma subversão do Princípio do Juiz Natural. Como se verá a seguir, as discussões doutrinárias acerca do Código de Processo Civil preveem ferramentas para enfrentar o voluntarismo característico da *lawfare* no âmbito do processo civil, como o dever de fundamentação do art. 489, §1º, do CPC/2015. Essas ferramentas e sua relação com uma teoria da decisão que enderece o problema da *lawfare* são temas do próximo capítulo.

5. AS TEORIAS DA DECISÃO E O APORTE DE LENIO STRECK

Dentre as suas diversas novidades, o Código de Processo Civil de 2015 inaugurou e reiterou um instituto de extrema importância para a decisão judicial, qual seja, a necessidade, presente no art. 489, §1º, de fundamentação adequada em qualquer decisão judicial. O dispositivo traz a exigência de fundamentação na medida em que não considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que: "(I) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de

ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (II) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (III) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (IV) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (V) se limitar a invocar tese ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos e; (VI) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento" (BRASIL, 2015).

Sobre a temática deste trabalho, o liame entre o fenômeno da *lawfare* e o Direito Processual Civil, devemos prestar atenção ao previsto, especialmente, nos incisos I, II e III do texto normativo mencionado em parágrafo anterior. Se, como visto, a *lawfare* opera dentro dos limites institucionais do Direito, com uma aparência de regularidade quanto à atividade jurisdicional, é na decisão judicial e em seus fundamentos que podemos verificar apontamentos da ocorrência de práticas predatórias ao Direito.

Feito os apontamentos sobre a relação entre a *lawfare* e a prática do processo civil, nos defrontados como a Teoria Crítica do Direito de Lenio Streck (2019), para quem a *lawfare* é uma "postura/estratégia que, no plano da meta ética, pode facilmente ser enquadrada como não--cognitivista" (STRECK, 2019). A postura não-cognitivista "não admite qualquer possibilidade de se falar em fatos morais ou verdades objetivas no campo da ação humana", fazendo da atividade jurisdicional um "mero ato de poder" (STRECK, 2019). A postura não-cognitivista é reflexo da manifestação de um relativismo moral no Direito, cujo critério de certo ou errado é verificado apenas circunstancialmente. Por outro lado, uma postura cognitivista, comprometida com a busca por uma resposta correta, adequada à Constituição, torna possível um controle racional das decisões judiciais, afastando ou prejudicando decisões eivadas de uma "relativização moral no Direito" (STRECK, 2019), característica do fenômeno da *lawfare*. Desse modo, retirar a "postura não-cognitivista", calcada em um juízo solipsista, muitas vezes imbuído de um programa próprio, subjetivo, que faz uso de artifícios retóricos para fundamentar inadequadamente uma decisão judicial, é parte do projeto de, como assevera Streck (2014), "elaborar uma hermenêutica de ruptura que passa necessariamente pelo rompimento com as concepções metafísicas-essencialistas- ontológicas acerca interpretação."

A teoria da decisão judicial com o aporte de Streck (2014) passa, portanto, pela superação de uma atividade interpretativa calcada em uma epistemologia metafísica, ao sobrepujar o paradigma do conhecimento por meio da relação sujeito-objeto, inaugurando, com a contribuição filosófica do giro linguístico, uma nova relação cognoscível para a atividade interpretativa no Direito. Essas são ferramentas que, se alinhadas com o que prevê o Código de Processo Civil de 2015 em seu art. 489, §1º, como visto, pode servir como escudo contra as práticas da *lawfare* no direito processual civil.

5.1. As garantias e normas processuais civis

Por fim, sobre os institutos do Direito suscetíveis de subversão por parte de atividades características da *lawfare*, nos resta apontar alguns exemplos práticos e expandir a discussão sobre as garantias processuais civis. Em razão da importância histórica e já que fizemos apontamentos acerca das atividades da Lava Jato em capítulo anterior, passaremos ao exemplo da análise de um dos pontos da condenação do ex- Presidente Lula, sob as palavras de Lenio Streck (2019), porque nos será caro em parágrafos seguintes:

> À título de exemplo, vejamos que o juiz Sérgio Moro diz, nos parágrafos 635 e 636 da sentença que, "(c)aso a situação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e de Marisa Letícia Lula da Silva em relação ao apartamento 164-A, tríplex, fosse de potenciais compradores, seria natural que tivesse alguma discussão sobre o preço do apartamento, bem como sobre o valor gasto nas reformas, já que, em uma aquisição usual, teriam eles que arcar com esses preços, descontado apenas o já pago anteriormente". Contudo, afirma que "não há qualquer prova nesse sentido, um documento por exemplo, ou relato de testemunhas a respeito de eventual discussão da espécie". Ora, incumbir ao réu o ônus de provar sua inocência é trabalhar com, ao invés da (obrigatória) presunção de inocência, uma presunção de culpa. (STRECK, 2019)

Como visto, o autor menciona uma "presunção de culpa" ao trabalhar a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova. Ainda que se trate de um caso na esfera penal/processual penal, esse exemplo é simbólico na medida em que desvela como opera a *lawfare* em institutos que funcionam de forma similar no processo civil. Dispõe o art. 373, §1º do Código de Processo Civil que, nos casos previstos ou em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva

dificuldade de cumprir o encargo probatório, o juiz pode, por decisão fundamentada, atribuir o ônus da prova de modo diverso. A fundamentação da decisão, em especial se prestarmos atenção à exigência presente no art. 489, §1º do Código de Processo Civil, é uma garantia fundamental para o autor ou o réu que se vê incumbido de um ônus probatório que não lhe era originariamente previsto. A falta dela ou a fundamentação inadequada, calcada em juízos exógenos ao Direito, como argumentos de ordem estritamente moral, econômica ou política são características de táticas empregadas em *lawfare*, que fazem uso de institutos legítimos do sistema jurídico – como a inversão do ônus da prova – para lançar mão de projetos de poder. E essa prática, em ações que se discutem no âmbito civil podem trazer resultados drásticos para os alvos de *lawfare*, uma vez que podem condena-los à ruína econômica.

Por fim, podemos apontar as implicações da *lawfare* que contrastam com o que prevê os Princípios Gerais do Processo Civil, ínsitos na Constituição Federal de 1988, bem como no Código de Processo Civil de 2015, que desvelam tanto funções programáticas quanto garantias ao litigante.

Primeiramente, devemos apontar à medida que a *lawfare* pode trazer prejuízos aos litigantes quando lhes privam do devido processo legal, princípio presente no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que prevê que "ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal." Ora, como visto no exemplo acima, o deferimento de um ônus probatório indevido, que torna muitas vezes a prova "diabólica", em uma decisão judicial inadequadamente fundamentada, reflete em uma afronta ao devido processo legal.

A suspeição de um juízo, quando não decretada, mesmo que verificada, também é um exemplo de afronta às garantias processuais, uma vez que o Princípio do Juiz Natural é, além de um princípio geral de processo civil, uma garantia individual no processo civil. Humberto Dalla (2020) alerta que o princípio processual do juiz natural deve ser analisado sob a vertente do órgão jurisdicional e à sua imparcialidade, de modo que "o órgão julgador, representando o Estado na condução e julgamento da causa, deve agir imparcialmente e com impessoalidade; isto é, o juiz não pode ter interesse na causa a ser apreciada, sob pena de ser afastado por impedimento ou suspeição."

Portanto, a obrigatoriedade da motivação nas decisões judiciais e o Princípio do Juiz Natural, com todas as suas implicações, são apenas alguns exemplos de salvaguardas que o Direito Processo Civil tem para evitar que posturas voluntaristas, "agires estratégicos", "não-cognitivistas", enfim, característicos de uma guerra dentro do Direito, possam prosperar.

6. CONCLUSÃO

Este trabalho, por fim, teve como escopo explicitar o conceito de *lawfare*. Tentamos demonstrar o terreno fértil para o surgimento desse fenômeno, com a expansão da atividade jurisdicional no Brasil, bem como com o desenvolvimento de novas teorias e técnicas acerca da aplicação do Direito.

Ainda que não se tenha tentado tratar de um caso concreto em específico, os apontamentos feitos acerca da Lava Jato, com a condução de seus desdobramentos jurídicos por parte do juiz Sérgio Moro, nos foram importantes para ilustrarmos como o fenômeno da *lawfare* é percebido por alguns autores. Trata-se, certamente, de uma prática predatória ao Direito, uma vez que subverte os seus institutos legítimos na persecução de um programa político ou econômico próprio, eivado da subjetividade solipsista de um magistrado. O Direito, como visto, não pode ser uma ferramenta de guerra, uma vez que não estamos em um quadrante histórico em que o Estado Democrático de Direito pode sofrer com tergiversações e flexibilizações de seus institutos garantidores da justiça. Nessa toada, as garantias processuais previstas no Código de Processo Civil, seja em institutos expressos em seu texto ou na Constituição Federal, como o Princípio do Juiz Natural e a imperatividade da motivação das decisões judiciais, são salvaguardas do próprio agir democrático dentro do Estado Democrático de Direito.

Se, como visto, a *lawfare* pode se manifestar em uma teoria da decisão deficitária, que pode abrigar argumentos de diferentes naturezas, sejam eles da ordem econômica, política ou utilitária, uma teoria da decisão comprometida com o Estado Democrático de Direito é um remédio para esse veneno. Assim, a Crítica Hermenêutica do Direito pode servir como um norte para uma atividade jurisdicional melhor comprometida com os ditames próprios do Estado Democrático de Direito, uma vez que prevê os limites e as responsabilidades do órgão jurisdicional.

7. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *"Operação Abafa" tenta barrar avanços do STF.*Folha de São Paulo, São Paulo, 28 de fev. de 2018. Disponível em https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo- rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml Acesso em 23/09/2020.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 15 de março de 2015. *Código de Processo Civil.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.html Acesso em 23/09/2020.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s).* 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

COMAROFF, John L. e COMAROFF, Jean. *Law and Disorder in the Postcolony*. The University of Chicago Press, 2006.

DUNLAP JR., Charles Dunlap. *Lawfare*. Durham: Carolina Academic Press, 2015.
DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.
KITTRIE, Orde F. *Lawfare: Law as a weapon of war.* Oxford University Press, 2016.

LYNCH, Christian Edward Cyril. *Ascenção, fastígio e declínio da "Revolução Judiciarista"*. Rio de Janeiro, 79 edição, dez. de 2017. Disponível em https://insightinteligencia.com.br/ascensao-fastigio-e-declinio-da-revolucao-judiciarista Acesso em 23 de ago. de 2020.

MARTINS, Cristiano Zanin e MARTINS, Valeska Teixeira Zanin. *O lawfare militar, político, comercial e geopolítico.* 17 de dez. de 2018. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/opiniao-lawfare-militar-politico-comercial-geopolitico Acesso em 25 de ago. de 2020.

----------, *Lawfare: uma introdução.* São Paulo: Editora Concorrente. 2019. E- book (não paginado).

PEREIRA, Fabiana Alves. *Lava Jato: Aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça*. São Paulo/SP, Ed. WMF Martins Fontes Ltda., 2020. E-book (não paginado).

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo*. São Paulo/SP, Saraiva Educação, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, "Constituição e autonomia do Direito"*. São Leopoldo, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, 2009.

----------, *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte/MG, Ed. Letramento, 2017.

----------, *Hermenêutica jurídica em crise*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2014.

----------, *A relação direito, moral e política: prelúdio de uma guerra anunciada.* Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, São Leopoldo: Ed. Karywa, nº15. 2019.

O NEOCONSTITUCIONALISMO É PÓS-POSITIVISTA? UMA ANÁLISE DOS PROBLEMAS QUE AINDA CIRCUNDAM AS DECISÕES JUDICIAIS NA CONTEMPORANEIDADE

MEDEIROS, Gabriela Silva[1]
LIMA, Mariana Caitano Polegario[2]
SILVA, Delmo Mattos da[3]

1 Graduanda da Universidade Federal Fluminense, gabi.medeiros19@gmail.com, pesquisadora do Grupo de Estudos em Jurisdição, Constituição e Processo.

2 Graduanda da Universidade Federal Fluminense, polegariomari@gmail.com.

3 Pós-Doutor (UFMA). Doutor em Filosofia (UFRJ). Mestre em Filosofia (UFRJ). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, vinculado a Universidade do Maranhão (UFMA). E-mail: delmomattos@hotmail.com.

RESUMO

A insurgência contra o cenário político-social instaurado no período pós-guerra ocasionou a reestruturação de diversos setores da sociedade e buscou a repaginação do modo de interpretar e aplicar o Direito. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo, enquanto movimento pós-positivista, surgiu com o objetivo de corroborar a força normativa da Constituição e instituir novas formas de pensar sobre a dogmática jurídica. No entanto, ao propagar a necessidade da ponderação de valores e a supremacia dos princípios, acabou, na verdade, reforçando a discricionariedade judicial, dificultando a busca pela resposta hermeneuticamente correta no Direito. Por isso, o presente trabalho analisou, por meio de revisão bibliográfica, as perspectivas teóricas do neoconstitucionalismo e do juspositivismo, com foco no de tipo normativista, a fim de identificar quais problemáticas circundam ambas as correntes e debater a suposta superação do juspositivismo sustentada por juristas neoconstitucionalistas.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; Positivismo; Ponderação; Decisão judicial.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do neoconstitucionalismo se dá no segundo pós-guerra: diante dos fracassos do controle social pela política, busca-se a autonomia do direito, por meio da efetivação de constituições analíticas e a consequente submissão das leis. No entanto, referido movimento acabou consolidando a interpretação de um Direito permeado de valores, bem como uma aplicação desarmônica dos princípios, assumindo a atividade judicial uma postura de decisionismos e solipsismos antidemocráticos (STRECK, 2014).

Nesse sentido, considerando que o neoconstitucionalismo adota uma perspectiva pós-positivista, resta indagar o que seria o positivismo, assim como analisar sua suposta superação pelos preconizadores da doutrina neoconstitucionalista. Afinal, poder-se-ia afirmar que se trata de uma ruptura total com todas as teorias do direito já firmadas? Da mesma forma, quais aspectos se buscaria romper? A guinada do pós- positivismo indica a total negação às práticas já consolidadas no cenário jurídico ou aponta para uma continuidade?

Assim sendo, o presente trabalho buscará demonstrar que, apesar dos exaustivos esforços empreendidos pela dogmática jurídica brasileira, a jurisprudência, divergindo na ponderação de princípios e enunciando súmulas para contornar a insegurança jurídica criada (STRECK, 2014), sugere cabalmente que o neoconstitucionalismo não superou o positivismo jurídico, especialmente o de cariz kelseniana e hartiana (STRECK, 2010).

Para tanto, primeiramente, será apresentada a evolução histórica do positivismo, fazendo-se um breve relato sobre as principais características e vertentes assumidas no decorrer dos séculos, como o positivismo comteano, o exegetismo e o positivismo de tipo normativista, que será o enfoque do trabalho. No mesmo sentido, também serão traçadas as principais significações atribuídas ao movimento neoconstitucionalista, a fim de viabilizar uma comparação entre ambas as correntes.

Ato contínuo, serão apresentados os problemas correlacionados à discricionariedade e à ponderação de princípios e de que forma o Judiciário brasileiro se afasta de um Estado de Direito ao legitimar decisões arbitrárias e subjetivas. Além disso, também será demonstrada a problemática relativa à utilização demasiada de súmulas no contexto brasileiro.

Por fim, será feito um paralelo entre o(s) neoconstitucionalismo(s) e os positivismos normativistas, apontando para tudo o que não foi superado.

2. METODOLOGIA

A presente pesquisa possui natureza teórica e qualitativa, tendo por metodologia a utilização de revisão bibliográfica com ênfase em trabalhos disponibilizados na rede mundial de computadores.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Apesar das diversas significações atribuídas ao termo "neoconstitucionalismo", pode-se identificá-lo como um movimento no cenário jurídico-constitucional (MONTEIRO, 2019) que se caracteriza em "uma técnica ou engenharia do poder que procura dar resposta a movimentos históricos de natureza diversa daqueles que originaram o constitucionalismo liberal" (STRECK, 2009). Ao encontro do exposto, cumpre destacar que muitos autores enquadram o neoconstitucionalismo como um "modelo que já não professa mais as mesmas ideias sobre a fundamentação, a interpretação e a aplicação do direito concebidas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então" (STRECK, 2014).

Barroso (2007) busca defini-lo a partir de três pontos distintos: enquanto marco histórico, seria o surgimento do novo direito constitucional no período pós-guerra na Europa e a elaboração da Constituição de 1988 no Estado brasileiro, apontando a transição de um regime autoritário para um processo de redemocratização; como marco filosófico, surgiria o então chamado pós-positivismo, sinalizado pela superação histórica do jusnaturalismo e do positivismo jurídico; e, por fim, como marco teórico, haveria a presença de três mudanças significativas, consistentes no reconhecimento de força normativa à Constituição, na expansão da jurisdição constitucional e no desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Não obstante o exposto por Barroso, Carbonell (2003), utilizando a distinção formulada por Bobbio acerca dos positivismos jurídicos, dirá que existem, da mesma forma, três acepções possíveis para conceituar o neoconstitucionalismo: teórico, ideológico e metodológico. Nesse sentido, o autor ensina que, como teoria:

> *El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además de por una Constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omni-presencia em la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley* (CARBONELL, 2003, p. 83).

Já em relação ao neoconstitucionalismo como ideologia, Carbonell (2003, p. 86) destaca que a limitação do poder deixou de ser uma questão central com o caminhar histórico desta ideologia, perpassando o foco para os direitos fundamentais. Para tanto, criam-se mecanismos institucionais para concretização de tais direitos, salientando o autor que: "*podríamos en este sentido hablar de 'neoconstitucionalismo de los contrapoderes*'". Na mesma linha de raciocínio, também detém importância que o legislativo e o judiciário atuem de forma a garantir os direitos fundamentais instituídos pela Constituição, afirmando o autor que *"podríamos em este sentido hablar de un 'constitucionalismo de las reglas'"* (CARBONELL, 2003, p. 86).

Por fim, em relação ao constitucionalismo metodológico, tem-se uma fórmula para a tomada de decisão, e ainda, deve-se ter em mente que *"se contrapone al, positivismo metodológico y conceptual, que afirma la tesis según la cual es siempre posible identificar y describir el Derecho como es, y distinguirlo por tanto del Derecho como debería ser"* (CARBONELL, 2003, p. 86). Assim, o que se conclui é que o constitucionalismo metodológico se baseia na constitucionalização do direito e na necessária conexão entre Direito e moral.

À guisa desses primeiros delineamentos acerca do que se pode entender por neoconstitucionalismo, faz-se necessário explicitar alguns pontos centrais sobre a história e as características do juspositivismo, tendo em vista a praxe de reduzir e associar o movimento a uma simples aplicação literal e mecanicista da lei, ignorando todas as vertentes e o próprio desenvolvimento da teoria juspositivista.

Nesse sentido, destaca-se que o século XVIII foi marcado pela busca por um saber válido fundamentado na realidade posta, em contraponto às idealizações e explicações míticas, o que também influenciou o cenário jurídico, de modo que o positivismo jurídico surgiu como resposta aos sistemas puramente idealistas e às incertezas acerca do fazer jurídico (STRECK, 2014).

Em outras palavras, pode-se dizer que o positivismo surge como uma corrente filosófica que busca erradicar as incertezas do momento filosófico anterior (jusnaturalismo), explicando os fenômenos sociais a partir das ciências exatas. Desse modo, trazendo para o contexto jurídico, "essa mensurabilidade [aquilo que se pode constatar por meio de experimento, que se pode medir, contar etc.] positivista será encontrada, num primeiro momento, no produto do parlamento, ou seja, nas Leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos" (STRECK, 2010, p. 2).

Notando que os Códigos nem sempre refletem a realidade, surge o positivismo exegético que remete à Escola da Exegese, na França, e à Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha. Nesse momento histórico, a "simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a 'obra sagrada' (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito" (STRECK, 2010, p. 4).

Posteriormente, surgem propostas "de aperfeiçoamento desse 'rigor' lógico" (STRECK, 2010, p. 3). O positivismo jurídico do século XX, marcado pela Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (1934), chamado de positivismo normativista, partia da ideia de que o fazer científico demandava uma linguagem rigorosa e livre de ambiguidades, sendo a atividade de jurisprudência voltada "não para produzir, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-racionais o conteúdo de normas jurídicas já dadas" (STRECK, 2014).

Desse modo, o autor responde "ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e à Escola do Direito Livre – que favoreciam, sobremedida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito" (STRECK, 2010, p. 4).

Em verdade, Kelsen pretendia separar a ciência jurídica de qualquer outro saber, salientando que a interpretação do Direito não incluía classificar a norma em justa ou injusta, mas apenas indicar seu sentido e aplicá-la (MELO, 2009), de modo que o Direito restasse dissociado da realidade fática, sempre a um passo atrás das mutações sociais. Sendo assim:

> *[...] todo derecho positivo puede ser considerado como justo desde un punto de vista político y como injusto desde otro punto de vista también político; pero esto no puede suceder desde el punto de vista de la ciencia del derecho que como toda ciencia verdadera no valora su objeto sino que lo describe, no lo justifica o condena emocionalmente, sino que lo explica racionalmente* (KELSEN *apud* STRECK, 2014).

Por outro lado, ressalta-se que o autor supracitado, em sua teoria, defendia que a pureza metodológica deveria se restringir apenas ao campo da ciência, reconhecendo, por conseguinte, o liame subjetivo na vida prática do Direito, que sempre estaria sujeito à discricionariedade durante o processo de interpretação, como um ato de vontade, e de aplicação (STRECK, 2014). Isto é, o jurista anunciava a existência de uma moldura representativa do Direito, dentro da qual haveria diversos sentidos possíveis e adequados a uma norma.

O que se infere, portanto, é que o autor conclui que a interpretação é naturalmente subjetiva em razão de uma "razão prática solipsista". E é nesse aspecto que Kelsen vai ao encontro de seus adversários, admitindo a impossibilidade de um Direito que produza decisões judiciais harmônicas e "o único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito somente poderia ser realizada a partir de uma terapia lógica – da ordem do *a priori* – que garantisse que o Direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso" (STRECK, 2010, p. 4).

Assim sendo, observa-se que Kelsen, embora supere o positivismo exegético, não apresenta resposta satisfatória para a interpretação do Direito no nível da aplicação, delegando-a à discricionariedade.

No mesmo sentido, Hart (1961) separava os casos em que se aplica o direito em fáceis e difíceis, sendo estes representados pelas hipóteses em que haveria mais de uma resposta correta permitida pelo direito positivo. Nessa lógica, os casos fáceis se resolveriam pela subsunção, "e nos difíceis se abriria um 'espaço para o papel criativo do juiz em decidir a partir de princípios ou valores imanentes à lei, ou provenientes do ideal de justiça ou da própria sociedade, utilizando-se da ponderação e/ou da argumentação jurídica'" (MONTEIRO, 2020). Com essa teoria, o autor também enuncia que "o poder discricionário é o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentações desses litígios (casos difíceis), por exemplo, o reenvio ao legislativo" (STRECK, 2009, p. 16).

Portanto, dentro do campo do positivismo jurídico normativista, os casos complexos seriam solucionados pela discricionariedade (MONTEIRO, 2020), ainda que limitada pelo ordenamento jurídico, já que esse limite seria meramente semântico (STRECK, 2009). Observa-se, dessa forma, que os pressupostos teóricos indicados pela corrente juspositivista pecaram na distância entre a ciência jurídica e o caso concreto, bem como na discricionariedade conferida ao intérprete. Na tentativa de superar tais equívocos, entretanto, os juristas brasileiros se limitaram a afastar as velhas formas de exegetismo (STRECK, 2010). Por conseguinte, enquanto no positivismo os casos difíceis eram decididos de forma discricionária pelo juiz, agora são resolvidos pela ponderação de princípios.

De acordo com Streck (2014), ponderação e discricionariedade possuem o mesmo sentido ao se observar a forma como vem sendo aplicada: "há milhares de decisões (e exemplos doutrinários) fazendo menção à ponderação, que, ao fim e ao cabo, é transformada em álibi retórico para o exercício dos mais variados modos de discricionarismos e axiologismos".

Os princípios contêm uma "carga de uma filosofia prática", e por isso é associado aos valores. Haja vista o exposto, pode-se inferir que a relevância dos princípios para o neoconstitucionalismo "[representaria] a tentativa de resgate de um mundo prático abandonado pelo positivismo" (STRECK, 2009, p. 18). Entretanto, a crítica reside no modo de aplicação preconizado pela doutrina, vez que são entregues aos juízes, sem qualquer lógica de hierarquização, que exercem seu poder discricionário de escolha do princípio preponderante e atribuição do sentido mais conveniente ao caso concreto. Prova disso, na atualidade, são as inúmeras súmulas, que constituem uma espécie de "adiantamento de sentido" (STRECK, 2010).

Nesse sistema em que vigora a discricionariedade, a harmonização e a isonomia das decisões judiciais são institutos constantemente violados e, para contornar a situação que têm raiz no modo de aplicação dos princípios (à brasileira), as súmulas se tornaram protagonistas no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com STRECK (2013), "as súmulas podem servir como um importante componente para firmar e colocar o selo jurídico em importantes avanços na jurisprudência, assim como para impedir interpretações que provoquem retrocesso hermenêutico".

O autor supracitado explica que as súmulas são próprias do Brasil, que se assemelham aos "assentos" do sistema português, mas que estes foram declarados inconstitucionais ainda em 1996. Nesse sentido, o que se constata é que as súmulas acabam sendo um "analgésico", incapaz de realmente tratar a "doença" que aflige o judiciário brasileiro. Afinal, STRECK (2013) salienta que as súmulas são uma forma de antecipação de tutela hermenêutica, que poupa o juiz de julgar para o caso concreto, arrematando que funcionam como "conceitos com pretensões de abarcar de antemão todas as hipóteses futuras de aplicação".

Nesse diapasão, destaca-se que é importante entender que a Constituição Federal é o que deve ter força cogente, diante de tempos em que o "clamor social é capaz de afastar a densidade principiológica da Constituição que lhe dá sustentação" (STRECK, 2018). Se se acredita na lógica de que o judiciário reproduz aquilo que a sociedade almeja e ainda, que é ele quem dita o significado de cada norma, a hierarquia de cada princípio, para cada grupo de casos que se parecem; tornar-se ia inútil estudar Direito (STRECK, 2018).

Por tudo isso, Streck (2009) conclui que "o calcanhar de Aquiles da ponderação" consiste em confiar a "hierarquização ponderativa" dos princípios à subjetividade dos juízes.

Levando em conta o exposto, cumpre salientar que para que o neoconstitucionalismo se diga "pós-positivista", deve superar todos os aspectos mal solucionados ou ignorados pela corrente, o que implica no enfrentamento do decisionismo decorrente de se entregar aos juízes um amplo rol de princípios, cuja ponderação fica ao seu árbitro sem qualquer forma de controle. "Ou seja, no pós- positivismo, os princípios não podem mais serem tratados no sentido dos velhos princípios gerais do direito nem como cláusulas de abertura" (STRECK, 2010, p. 22).

Portanto, cabe aqui o questionamento feito por Streck (2014): "aquilo que hoje lhe agrada, amanhã pode lhe desagradar. Daí minha pergunta que não quer calar: é melhor confiar no direito (naquilo que venho explicitando de há muito, não uma simples estrutura formal, é claro) ou no subjetivismo dos julgadores?". Isto é, uma decisão arbitrária é danosa a toda sociedade independentemente de seu conteúdo, ainda que, em um primeiro momento pareça benéfica sob a escusa de o judiciário estar exercendo seu papel iluminista.

Além da incompatibilidade entre a discricionariedade dos juízes e o Estado Democrático de Direito, Streck (2010, p. 270) também destaca que essa opção feita pelo neoconstitucionalismo desagua em uma doutrina que apenas reproduz as significações, sentidos e conceitos trazidos pelas decisões judiciais , o que se torna ainda mais problemático se relembrado que as decisões judiciais brasileiras não estão "fundamentada[s] e justificada[s] em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito" .

Assim sendo, embora tenha havido tentativas exaustivas de querer dizer o neoconstitucionalismo como pós-positivista, em muitos dos seus pontos centrais, ele está embasado no velho modelo interpretativo, no qual alguns casos (fáceis) são resolvidos pela subsunção das regras e outros casos (difíceis), pela ponderação de princípios (discricionariedade). Em suma, o neoconstitucionalismo segue legitimando o decisionismo e o ativismo judicial, sem evoluir metodologicamente, apenas substituindo uma discricionariedade por outra – oferecendo fundamentos jurídicos distintos –, de forma que cada juiz parte de um grau zero de sentido (STRECK, 2009).

Ao encontro disso, Streck (2010) faz algumas observações que devem ser levadas em conta se se pretende alcançar a superação do neoconstitucionalismo. Em um primeiro ponto, destaca que ver o Direito como algo independente (positivismo) ou vinculado (deturpação do neoconstitucionalismo) à moral é ultrapassado, para ele há uma "institucionalização da moral no direito (esta é uma fundamental contribuição

de Habermas para o direito: a co-originariedade entre direito e moral), circunstância que reforça, sobremodo, a autonomia do direito" (STRECK, 2010, p. 268). Assim, o autor explica que o que tem força cogente é o direito e que o legislador é o responsável por criar normas morais.

Ao encontro do que leciona Streck, Carbonell, tratando do mesmo tema, propõe soluções para que o Direito e a moral não mais se confundam ou se dissociem:

> *1. Que se trate de una norma moral objetiva verdadera (em el sentido de que se corresponde a hechos morales); 2. Que se trate de una norma moral objetiva racional (em el sentido de aceptable por parte de un Auditorio racional); 3. Que se trata de una norma moral subjetivamente escogida; 4. Que se trate de una norma moral intersubjetivamente aceptada* (CARBONELL, 2003, p. 92).

As explicitações dos autores supramencionados corrobora com a autonomia do Direito, para que ele não mais seja solapado por valores externos, como a política, a economia e outros. A reboque de sua autonomia, tal construção acarreta a impossibilidade de se enxergar os princípios como cláusulas de abertura, na medida em que se aceita que valores extrínsecos ao Direito não podem ser utilizados na ponderação (STRECK, 2010). Portanto, "isso significa que, para além da cisão estrutural entre casos simples e casos difíceis, não pode haver decisão judicial que não seja fundamentada e justificada em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito" (STRECK, 2010, p. 270).

Assim, pode-se dizer que a contemporaneidade se pauta na força normativa da Constituição, mas que persistem problemas na ordem da discricionariedade e da interpretação, devendo tais óbices ser solucionados com a busca da "interpretação/decisão mais constitucionalmente adequada do que outras possíveis" (MONTEIRO, 2018) – não sendo única e nem uma entre várias (STRECK, 2009).

Nesse sentido, Streck (2010, p. 4) explica que a doutrina brasileira se contenta com o menos, pois, apesar dos esforços empreendidos para superar o exegetismo, acabara entregando, todo o poder ao judiciário, "a partir de uma série de fórmulas do tipo 'menos regras, mais princípios, menos subsunção, mais ponderação', etc.". Cabe indagar aquilo que o autor enunciou em suas obras a fim de denunciar o problema da discricionariedade: se o judiciário diz o que é direito por último, quem controla o que diz o judiciário? Se o neoconstitucionalismo foi marcado pela constitucionalização

do Direito e o deslocamento do protagonismo do legislativo para o judiciário (STRECK, 2010), parece cristalina a necessidade de se pensar no controle da decisão judicial.

O autor supracitado também relembra que o positivismo não resistiu à "viragem interpretativa ocorrida na filosofia do direito (invasão da filosofia pela linguagem)", mas que o constitucionalismo não pode repetir os decisionismos do positivismo (STRECK, 2010).

A solução para a questão da discricionariedade que se arrasta desde o século XVIII, como visto no presente, reside, conforme assinala Streck (2010), encontra-se na

> resistência através da hermenêutica, apostando na Constituição (direito produzido democraticamente) como instância da autonomia do direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais em um constante estado de exceção. [...] Numa palavra, a superação do positivismo implica a incompatibilidade da hermenêutica com a tese das múltiplas ou variadas respostas. Afinal, a possibilidade da existência de mais de uma resposta coloca essa "escolha" no âmbito da discricionariedade judicial, o que é antitético ao Estado Democrático de Direito. Ou seja, a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta hermeneuticamente adequada à Constituição ou, se se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada – espécie de resposta hermeneuticamente correta – a partir do exame de cada caso (STRECK, 2010, p. 8).

Partindo disso, é imperioso lembrar que Streck (2020, p. 22) também destaca o óbvio: "que só pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo". Para tanto, é imprescindível enfrentar a questão da discricionariedade abandonada desde o positivismo, de forma que não mais os princípios sejam vistos cláusulas de abertura, onde cada intérprete atribui a eles a hierarquia conveniente à sua decisão.

4. CONCLUSÕES

De todo exposto, percebe-se que, inobstante o(s) neoconstitucionalismo(s) tenha(m) surgido com a premissa de superar o juspositivismo, por meio da validação da força normativa da Constituição, assim como a positivação de um catálogo de direitos fundamentais, ele acabou reafirmando e, até mesmo, intensificando velhos problemas de interpretação e aplicação do Direito.

Ora, conforme o demonstrado, o positivismo normativista já reconhecia o subjetivismo e a inevitável incidência de valores no julgamento de casos concretos.

Afinal, Kelsen (1934) pregava que a vida prática do Direito estaria sempre sujeita à discricionariedade, vez que bastava a existência de uma moldura representativa para que várias significações fossem atribuídas a uma norma. No mesmo sentido, Hart (1961), ao tratar dos *hard cases,* também reforçava a possibilidade de o juiz decidir conforme a ponderação de princípios e valores, abrindo uma margem para o poder discricionário.

Sendo assim, a eclosão do(s) neoconstitucionalismo(s), em vez de superar os problemas práticos de aplicação do Direito, apenas acentuou dilemas relativos à hermenêutica jurídica. Isso porque, as controvérsias que antes residiam na discricionariedade do magistrado, agora são substituídas pela ponderação na aplicação de princípios sem qualquer grau hierarquização, de tal modo que o ativismo judicial se torna cada vez mais presente nos tribunais.

Como resultado, torna-se forçoso reconhecer a existência de um Judiciário desordenado, com diversas ponderações incompatíveis entre si, que recorre à criação de juízos de valores preordenados como uma tentativa falha de afastar os ideais teóricos do juspositivismo. O Direito, mais uma vez, é afastado da realidade fática, mesmo diante da busca pela reaproximação entre a ciência jurídica e questões de ordem social/moral.

Portanto, o que se pode inferir é que, apesar dos árduos esforços da dogmática brasileira em apresentar as diversas faces de normalmente intitulado como um 'único' neoconstitucionalismo (adaptado ao nosso contexto jurídico), como uma teoria acabada e coesa, a jurisprudência brasileira vem provando, diariamente, que os equívocos cometidos pelo positivismo jurídico não foram superados. Da mesma forma, afirmar o neoconstitucionalismo como pós-positivista acaba se tornando uma falácia pouco questionada, tendo em vista as teratologias produzidas quando a ponderação é atribuída ao livre subjetivismo dos juízes.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm. Acesso em 20 set. 2021.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4 ed. Madrid: Editorial Trota, 2009.

FONSECA, Rafael Campos Soares. *Neoconstitucionalismo(s): potencialidades e objeções relacionadas ao estado democrático de direito brasileiro*. V.2, N.º 25. Brasília: Caderno Virtual, 2012.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito do Direito*. 6 ed. Lisboa: Calouste, 2007.
KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELO, Daniela Mendonça de. *A interpretação jurídica em Kelsen*. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-70/a-interpretacao-juridica-em-kelsen/. Acesso em 20 set. 2021.

MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes. *O caso concreto em si mesmo: nem fácil, nem difícil, nem trágico*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-fev-01/diario-classe-concreto-si-mesmo-nem-facil-nem-dificil-nem-tragico. Acesso em 20/09/2020.

MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes. *Observações sobre a necessidade de respostas corretas em Direito*. Acesso em 20 set. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a letra da lei é uma atitude pós-positivista?*. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em 10 mar. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e "O Problema da Discricionariedade dos Juízes". *Revista Eletrônica do Curso de Direito Opet*. N. 1. 2009. Disponível em: http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: 01 mar 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Decisão jurídica em tempos pós-positivistas*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois decálogos necessários*. N.º 7. Vitória: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Contra o neoconstitucionalismo*. N.º 4. Curitiba: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmula Não Vinculante 500 do STJ é inconstitucional e ilegal*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-nov-08/lenio-streck-sumula-nao-vinculante-500-supremo-inconstitucional-ilegal. Acesso em 10 mar. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. *Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico*. V. 1, N.º 1. Teresópolis: Revista UNIFESO – Humanas e Sociais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Eis porque abandonei o "neoconstitucionalismo"*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei- neoconstitucionalismo. Acesso em: 10 mar. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional- porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes. Acesso em 23 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição?*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio- constitucional-stf-obedecer-voz-ruas-qual-valor-constituicao. Acesso em: 10 mar. 2021.

SENTENÇAS MANIPULATIVAS DE EFEITOS ADITIVOS: UMA PERSPECTIVA ANALÍTICA A PARTIR DO STF

LAMEIRO, Vinícius Silva do[1]
LIMA, Marcelo Machado Costa[2]
FARIAS, Natália Vasconcellos de Oliveira[3]

1 Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá – RJ. Pesquisador nos grupos de pesquisa: A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimentos (SOCEDIR-IBMEC/RJ); Direitos Humanos e Transformação Social (GPDHTS-ECJ/UNIRIO). Email: viniciuslameiro@gmail.com.

2 Pós-doutorando em Direito Constitucional-Econômico pela Università degli Studi "G.D 'Annunzio" Chieti-Pescara. Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor do PPGD UNESA/RJ. Professor do curso de Direito do Centro Universitário IBMEC- RJ e Universidade Estácio de Sá - RJ. Pesquisador do grupo de pesquisa A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimentos (SOCEDIR-IBMEC/RJ). E-mail: marcelomclima@gmail.com.

3 Discente do sexto período do curso de Direito no Centro Universitário IBMEC/RJ. Pesquisadora no grupo de pesquisa A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimentos (SOCEDIR- IBMEC/RJ). E-mail: navasconcellos@icloud.com.

RESUMO

O estudo em desenvolvimento tem por objetivo proporcionar um diálogo com a temática anteriormente enfrentada na I Jornada de Direito Processual Civil sobre as sentenças manipulativas de efeitos aditivos na Jurisdição Constitucional. Se, por um lado, na abordagem anterior, o objetivo principal constituiu-se na identificação de algumas perspectivas conceituais sobre o tema, por outro lado, na presente abordagem, pretende-se refletir criticamente, a partir de uma análise crítica e teórico-jurídica sobre a aplicabilidade das chamadas sentenças manipulativas de efeitos aditivos ou modificativas pelo STF. Com isso, compreende-se no presente estudo por sentenças manipulativas uma espécie de decisão que altera os efeitos da decisão: as decisões em caráter "interpretativo" condicional e decisões de efeitos aditivos, sendo esta última o objeto da presente análise. Embora o surgimento dessa técnica de decisão seja tributário da doutrina constitucional europeia, a sua importância vem sendo observada em outras Cortes Constitucionais além-mar. No presente trabalho visa-se tão somente, apresentar e criticar o desenvolvimento da referida técnica no âmbito de atuação do STF. A perspectiva metodológica adotada tem natureza qualitativa com base no método dedutivo, além de critérios baseados em pesquisa bibliográfica e, fundamentalmente, pesquisa jurisprudencial.

Palavras-chave: Decisão de inconstitucionalidade; norma jurídica; sentenças manipulativas; sentenças com efeitos aditivos

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo significa uma continuidade ao que foi desenvolvido na I Jornada de Direito Processual Civil, na qual foi possível compreender que o estudo das sentenças manipulativas de efeitos aditivos enseja múltiplas abordagens. Entendendo que cada análise se apresenta como tópico suficiente para o desenvolvimento de monografia específica, estabeleceu-se uma linha de análise teórico-conceitual com natureza descritiva sobre tal técnica, uma vez que suas linhas demarcatórias, sob o ponto de vista conceitual, apresentam-se pouco desenvolvidas pela doutrina pátria.

Do mesmo o modo, a jurisprudência do STF, no que diz respeito à utilização das sentenças manipulativas com efeitos aditivos, ainda se apresenta numa verdadeira «zona de penumbra». Com efeito, sabe-se que a Justiça Constitucional, há muito, deixou de operar entre um modelo binário, que envolve tão somente juízos de constitucionalidade/inconstitucionalidade de leis, já que as exigências de novos parâmetros para as decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais tornaram-se fundamentais para uma resposta mais ajustada à realidade constitucional, muito em razão das novas demandas sociais, políticas econômicas e mesmo jurídicas surgidas nos últimos anos.

Assim, é no seio dessas múltiplas exigências e evoluções que surgem as sentenças manipulativas de efeitos aditivos. Representam elas uma técnica de decisão reparadora, capaz de reparar, tanto possíveis efeitos supervenientes de uma decisão de inconstitucionalidade, como também combater e reparar eventuais casos de omissão inconstitucional relativa. Cabe ressaltar, que quando se fala em sentenças manipulativas de efeitos aditivos não implica dizer que se trata de uma técnica de decisão paralela na jurisprudência do STF, pois se trata de uma forma de proceder utilizada na Corte.

Por isso, cumpre-nos agora, no presente estudo, enviar um olhar mais crítico sobre a referida técnica e a sua aplicabilidade pelo STF, mesmo que utilizada de forma apernas eventual pela Corte. Aliás, uma das discussões que emergem dessa crítica é justamente a forma precária como tal técnica é considerada, bem como o perigo que envolve transitar no entorno da linha tênue que separa a atividade jurisdicional e a criação de direito por meio de uma "*quid novi*" advinda da componente restaurativa da decisão.

2. METODOLOGIA

O trabalho ora desenvolvido, fundado em pesquisa básica estratégia, de natureza qualitativa, por meio do método dedutivo de análise, que se utiliza de critérios metodológicos também baseados em pesquisa bibliográfica, como também em pesquisa jurisprudencial, pretende analisar a utilização das sentenças manipulativas de efeitos aditivos pelo STF.

3. DA APLICAÇÃO DA TÉCNICA CONFORME À JURISPRUDÊNCIA DO STF: CASOS PARADIGMÁTICOS

Nestas próximas linhas, teremos a oportunidade de analisar sobre de que forma o STF se vale das sentenças manipulativas com efeitos aditivos, embora ainda com determinadas imprecisões e, até mesmo, uma certa timidez para a fundamentação da técnica. Desde logo, importa-nos ressaltar que já não estamos a falar sobre juízos de possibilidade e/ou impossibilidade de manejo da referida técnica decisória. Ao contrário. Compreende-se no referido contexto que a jurisdição constitucional brasileira há muito se utiliza das sentenças manipulativas com efeitos aditivos.

Dito isto, cumpre-nos ainda lembrar que, seguramente, uma técnica de decisão ao nível da interpretação jurídica não necessariamente exige certa previsão normativa, seja pela Lei Fundamental, ou mesmo pela legislação infraconstitucional como, a título de exemplo, ocorreu com a técnica da «interpretação conforme» e as demais, que, posteriormente, foram motivos de objeto legislativo após reiterada prática pelo STF, conforme previsto na Lei 9.868/99, incluindo-se a controvertida eficácia «*erga omnes*», a qual ainda é objeto de múltiplos debates[4].

Por isso, a ideia exposta não consiste na defesa pela «*importação à brasileira*» de um instituto que se subtrai de diferentes ordens jurídicas alienígenas e da dogmática jurídica estrangeira e, consequentemente, aplicada à ordem jurídica brasileira que nos é própria, complexa e com suas especificidades. Antes, trata-se mais de assumirmos à influência que nos é legada pela evolução da Justiça Constitucional contemporânea, fazendo valer, no entanto, aquilo que há muito já se encontra em nosso horizonte jurisprudencial, mas que ainda depende ser delineado[5].

4 Ver a interessante síntese exposta por ABBOUD, 2020, p. 663-671.

5 Sobre a interessante questão de uma multiplicidade de teorias importadas do direito alienígena que, «ao fim e ao cabo», podem se transformar em verdadeiras «Quimeras» teóricas, já não mais guardando qualquer correlação com os pressupostos de sua concepção, ver o importante trabalho exposto em LIMA, 2014, em especial, Capítulo I.

Nesse sentido, não se pode também perder de vista que, diferentemente de outras ordens jurídicas que dispõem de instrumentos próprios voltados para possíveis casos de violações ao princípio geral da igualdade nos casos de omissões inconstitucionais relativas como, por exemplo, o «Recurso de Amparo» espanhol[6], ou mesmo à figura da «Reclamação Constitucional» alemã, a ordem jurídica brasileira prevê instrumento próprio para a vinculação do Poder Público em concretizar direitos fundamentais-sociais que necessitam de previsão normativa infraconstitucional.

Estamos a falar da figura do instrumento do Mandado de Injunção, ao qual, para além das discussões possíveis prevista na Lei n. 13.300/2016, mostra-se como um importante figura para casos em que há, via de regra, uma omissão absoluta do órgão competente em parametrizar em conformidade com a Constituição o exercício de determinados direitos.

Com efeito, e sendo certo que estamos a tratar de um fenômeno que já existe, cumpre-nos a tarefa de destacarmos algumas decisões onde o STF garantiu a extensão para o exercício de determinado direito, a partir de uma sentença aditiva. Acreditamos também que em alguns casos, embora a fundamentação da decisão tenha operado no entorno da técnica da sentença aditiva. Referimo-nos, por exemplo, ao emblemático caso sobre o «exercício do direito de greve dos servidores públicos», com base na legislação específica que dispõe sobre o exercício do direito de greve por trabalhadores privados, que, aliás, eventualmente é mencionada como um célebre caso de sentença aditiva.

3.1. O DIREITO DE GREVE E A INÉRCIA DO LEGISLADOR

No que diz respeito ao caso sobre o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis, a Constituição Federal em seu art. 37, VII, estabeleceu no capítulo destinado à Administração Pública, que o direito de greve dos servidores civis será exercido conforme «lei específica», de acordo com a EC n. 19/1998, a ser elaborada pelo Poder Legislativo, de

6 O Recurso de Amparo se assemelha, em partes, ao mandado de segurança brasileiro. Todavia, o referido recurso serve, de forma mais específica, para aqueles casos onde há uma grave violação a direitos fundamentais ou a liberdades públicas, compreendendo, por via da jurisprudência do próprio TCE, o direito de igualdade e, também, a objeção de consciência. Muito embora, tendo em vista o referido recurso, isso não impediu que o TCE, em algumas oportunidades, tenha lançado mão de decisões manipulativas com efeitos aditivos, como é o célebre caso da Sentença n. 49/1989 que tratava da exclusão de militares derrotados na queda do regime ditatorial pelos benefícios da anistia. Neste sentido, ver MORAIS, 2005, p. 254; também em MENDES; BRANCO, 2012, p. 1828 e o importante CORREIA, 1998, p. 33-70.

acordo com a sua redação original. Aqui, salta aos olhos que se trata de não outra coisa senão uma hipótese de «norma de eficácia limitada», ou seja, o legislador originário estabeleceu a necessidade de uma lei infraconstitucional para a produção dos efeitos, a partir da atuação do Congresso Nacional.

Desta forma, após a manifestação em diversas oportunidades[7], o STF através dos MI 670-9/ES, MI 708-0/DF e MI 712-8/PA, determinou - por uma componente «adjuntiva» de sua decisão - a extensão para suprir a patente ausência normativa, a aplicação extensiva da Lei n. 7.783/89, que trata do exercício do direito de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos civis. Isto significa, de uma maneira ainda mais clara, que o STF tornou exequível aos servidores públicos civis aquele direito de greve, a partir da Lei aplicada aos trabalhadores privados.

Uma das linhas argumentativas adotadas pelo Ministro Gilmar Mendes, enquanto relator no MI 708-0/DF, foi pela necessidade de «extensão do benefício», em vista a viabilizar o exercício do direito de greve aos servidores públicos civis, devendo o legislador infraconstitucional, em momento posterior e oportuno, colmatar o vazio normativo inerente ao conteúdo do art. 37, VII, da Carta Política de 1988.

Não obstante às diferenças substanciais que transpassam o regime dos trabalhadores privados e o regime específico dos servidores civis, a saída encontrada pela Corte para essa problemática foi no sentido de adaptar a legislação já existente com essa «*quid novi*».

Para além de qualquer discussão acerca do direito fundamental ao exercício do direito de greve, já de início, faz-se necessário deixar assente que o ponto de vista aqui analisado diz respeito, tão somente, às sentenças aditivas e os seus limites. Por isso, acreditamos que, muito embora a referida decisão contenha um conteúdo aditivo, esta não comporta, a nosso ver, uma natureza legítima de sentenças aditivas, sendo merecedora de sérias reticências pelo seu caráter substitutivo.

E isso decorre de múltiplos fatores, a começar pela inexistência de um quadro de omissão parcial relativa, tampouco, de um quadro em que a componente ablativa da decisão pela própria Corte importa em um quadro lacunar. Pelo contrário. Trata-se de um vazio total. Em outros termos, há uma ausência total de norma regulamentadora, já que o legislador em seu âmbito de atribuições, não regulou a disciplina sobre o exercício do direito de greve a determinada categoria.

7 Por exemplo, no M.I. 20-DF, onde o STF decretou a mora do Congresso Nacional para que este elaborasse uma lei complementar, de acordo com a redação original anterior a EC n. 19, de 1998.

Cabe lembrar, que a Constituição em seu sentido material disciplina um conjunto de normas-prestações de direitos fundamentais e sociais pelo Estado, sendo certo que aos tribunais constitucionais cabe, não apenas, repelir eventuais agressões, como também garantir sua força normativa em seu processo de completude das novas dinâmicas que se «desvelam» (BRITO, 2017, p. 44 e ss). Por esta razão, eventuais quadros de omissões absolutas inconstitucionais podem ser considerados como hipóteses de agressões violadoras ao quadro constitucional, não sendo sequer forçoso reconhecer alguma hipótese de violação, através da própria «*inertia deliberandi*» de um dever-fazer constitucionalmente previsto, do qual poderá enfraquecer, ou mesmo esvaziar sua própria força normativa.

O constituinte originário estabeleceu um programa normativo, sendo que a lei, em sua acepção genérica, deve(ria) ser elaborada pelo órgão competente para que produza eficácia na ordem jurídica. Todavia, apesar da inércia do órgão competente em colmatar o vazio jurídico, não se pode afirmar que a norma constitucional não possua sua validade normativa ou que estejamos diante de um quadro de lacuna. É possível que estejamos tão somente diante de juízos e responsabilidades políticas do próprio legislador, restando-nos dúvidas sobre a possibilidade do órgão fiscalizador adentrar no âmbito político ao criar uma nova hipótese normativa com uma série de pressupostos e requisitos.

Aliás, foi nessa esteira de entendimento que o Min. Relator afirmou que não caberia ao legislador infraconstitucional decidir em seu juízo político se concede ou não o benefício ao exercício do direito de greve, mas apenas dispor sobre «quais os parâmetros para o seu exercício de acordo com o dispositivo constitucional». Nesse sentido, os fundamentos da decisão (a *ratio decidendi*) nada mais são do que uma obrigação constitucional por meio da decisão com efeitos aditivos.

Todavia, ainda que se considere a possibilidade de adequação entre trabalhadores do setor privado e servidores públicos civis a possibilidade de prolação de uma decisão manipulativa com efeitos aditivos, seguindo os parâmetros que conformam este tipo de decisão, em conformidade com os fenômenos de sua apreciação e com as linhas aqui adotadas, parece-nos não ser possível considerar que a referida decisão tenha por «*fundamentum*» a legitimidade de sua aplicação aditiva, pelos seguintes motivos, a saber:

i) Inicialmente as decisões intermédias na Justiça Constitucional, frisa-se, aquelas manipulativas com efeitos aditivos, apenas estão de acordo com os pressupostos do instituto, a partir do momento em que,

na melhor das hipóteses, o intérprete está diante de um caso de omissão relativa, ou seja, parcial.

Assim, no caso em tela, seria lícito admitir a prolação de uma decisão de tal jaez, caso os trabalhadores do setor privado fossem equiparáveis aos servidores públicos civis, o que se mostra como um contrassenso pelo que dispõe o art. 37 e ss, da CFRB/1988, ao tratar dos servidores públicos ligados à Administração Pública, com regime e especificidades próprias atinentes a função pública.

ii) Não há o que se falar em uma única solução normativa, o que por sua vez está longe de configurar como requisito fundamental para uma sentença aditiva «a rime obligate». Em outras palavras, quer-se dizer que a partir do momento em que se está diante de um quadro onde há uma variedade de soluções normativas, igualmente aptas a fornecer uma solução, isto implica afirmar que se está diante de critérios políticos. Não há, portanto, o que se falar em uma sentença aditiva constitucionalmente obrigatória por extensão lógica, a partir da norma extraída do texto normativo e das disposições normativas da Lei Fundamental[8]. Aliás, como bem assinala Rui Medeiros, mais ou menos no mesmo sentido, há um abismo que separa uma decisão «constitucionalmente obrigatória» de uma decisão de «conteúdo constitucionalmente vinculado» (MEDEIROS, 1999, p. 507).

III) Ainda que fosse possível considerar o argumento pela extensão lógica- necessária, em conformidade com o princípio da igualdade e com a disposição normativa prevista na Constituição, de modo a permitir o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, não se pode ignorar que, no momento da operação «reconstrutiva» - ou não tão reconstrutiva, afinal, estamos a falar de um completo «vácuo normativo» no âmbito de direitos subjetivos -, o STF não deixou de criar uma «quid pluris novi» com relação à posição de partida objeto de ação, implicando em uma alteração do quadrante legal por uma nova norma com força de lei.

Isso implica afirmar que o STF criou uma série de requisitos e parâmetros para o exercício do direito de greve, ou seja, "legislando" pela via jurisdicional. Nesta linha, não se limitou ao direito material, mas também ao direito processual, ao estabelecer as competências para processar e julgar casos referentes aos dissídios, como se legislador fosse. Esse é um típico caso em que é possível vislumbrar que o campo destinado à reserva do legislador, ao princípio democrático e a separação dos poderes tenha sido ultrapassado.

8 Seguimos a linha do entendimento também de MORAIS, 2013, p. 336 e ss.

Em síntese, em que pese o fato do argumento central da decisão (sobretudo, no MI 708-0/DF) indicar uma alusão a técnica das sentenças manipulativas com efeitos aditivos, "pelas linhas aqui adotadas e analisadas", não é possível considerar que a referida decisão se enquadre nos pressupostos da técnica. É bem verdade, que se pode desconsiderar a existência de um conteúdo aditivo com a indicação de um novo segmento, de certo o modo, bastante criativo, surgindo daí uma inconfundível *"quid novi"* para assegurar a extensão de um direito que, todavia, foi criado por via jurisdicional[9].

3.2 A ADI n. 4.650/DF E O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS

A partir do paradigmático caso relacionado ao financiamento de campanhas eleitorais na ADI n. 4.650/DF, de relatoria do Min. Luiz Fux pode-se bem ilustrar a problemática em curso. Neste caso, o STF lançou mão de uma decisão positiva de inconstitucionalidade parcial sem a redução de texto. A norma sindicada referia-se aos dispositivos contidos, tanto na lei das eleições, mas também na lei orgânica dos partidos políticos.

Entre os fundamentos jurídicos apresentados e que se subtraem do referido julgado, importa-nos referir que à lei fora impugnada pelos Requerentes, sob diferentes fundamentos e postulações. A começar, os Requerentes postularam que à Corte pronunciasse uma sentença de conteúdo aditivo de princípio, de modo a instar o legislador a se manifestar e a disciplinar matéria em conformidade com os parâmetros já estabelecidos, tanto pelo TSE, mas também pelo STF.

9 Um outro caso mais recente é lembrado por ABBOUD, 2020, p. 686, no que se refere a ADO n. 26/DF, que trata sobre a criminalização de condutas «*homofóbicas*» e «*transfóbicas*» e que merece sérias reticências por nossa parte. Neste caso, através da omissão total, o STF entendeu pela existência de mora do Congresso Nacional a completude normativa do Art. 5º, XLI e XLII, declarando sua omissão total. Contudo, o STF entendeu, através de uma «interpretação conforme» aos tipos penais elencados na Lei n. 7.716/89, que define sobre os crimes de preconceito de raça e de cor, lançar mão de uma componente «adjuntiva» para estender neste mesmo campo de incidência os crimes de homofobia e transfobia. Deste modo, o STF não apenas ultrapassou os limites específicos do próprio instituto da interpretação conforme, mas também se tornou legislador positivo ao elaborar uma nova disciplina de natureza penal, sob a veste de presumível correção da lei infraconstitucional, a partir do não fazer do poder competente. Em linhas gerais. E isso ocorre exatamente porque não se trata de uma lacuna, mas de um vazio normativo em razão de um não fazer do legislador e que não pode ser colmatada pela via típica jurisdicional, mas na esfera política que não diz respeito a atuação dos Tribunais.

No que diz respeito a sentença manipulativa com efeitos aditivos, isto significa afirmar que os Requerentes postularam que, pela existência de um «dever-fazer» os delineamentos de determinados princípios jurídicos deveriam ser observados de forma obrigatória, sob pena de afronta à Lei Fundamental. Caso contrário, a competência para este fazer caberia ao TSE, como resultado da «*inertia deliberandi*» do Congresso Nacional.

De todo o modo, importa-nos aqui referir que no caso específico o STF proferiu uma decisão positiva de inconstitucionalidade sem a redução do texto. No caso, dentre outros motivos, foi assentado que as disposições normativas objeto de controle não se estenderiam às hipóteses de doação e/ou contribuição para campanhas eleitorais e/ou candidatos por pessoas jurídicas.

E isso decorreu por múltiplos fatores. Em primeiro lugar, a existência de diferentes critérios que ultrapassam o princípio da isonomia ao proibir que determinadas pessoas jurídicas, ditas como as entidades sindicais, de classe, e demais instituições que compõem o que se chama de «terceiro setor», fossem proibidas de fazer doações, embora as demais o fossem permitidas a efetuar suas doações/contribuições.

Desta forma, em primeiro lugar, estar-se-ia diante de um quadro discriminatório infundado pela «desequiparação» entre pessoas jurídicas. Em segundo, haveria violação direta ao princípio da igualdade pela conduta comissiva e inconstitucional do legislador, que, *contrario sensu*, chancela uma conduta permissiva, em cujos termos se revela pelo fortalecimento daqueles grupos hegemônicos que possuem um capital maior se comparado com o terceiro setor. Por último, e não menos importante, o STF entendeu que chancelar a doação/contribuição por pessoas jurídicas violaria, ainda que de forma implícita, a *mens legislatoris*, que, em sua teleologia, busca evitar a constituição de possíveis pactos antirrepublicanos e democráticos, quando desta norma há um privilégio implícito a grupos específicos e hegemônicos.

Assim, entendeu o STF pela inconstitucionalidade do art. 24, da Lei n. 9.504/1997, na parte em que autoriza, «*contrario sensu*», a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais; o art. 24, parágrafo único, e o art. 81, *caput*, e §1º da mesma lei; o art. 31, da lei 9.096/1995, na parte em que autoriza doações por pessoas jurídicas.

A esta luz, mesmo que se esteja diante de uma decisão positiva de inconstitucionalidade sem a redução de seu texto, conforme decidido pelo STF, não se pode deixar, no entanto, de reconhecer que a referida decisão também representou uma decisão manipulativa com efeitos aditivos demolitória/redutiva, oriunda da própria Constituição.

Em primeiro lugar, embora se alegasse a existência de violação a diferentes princípios constitucionais, a referida decisão, efetivamente, não foi aditiva de princípio. Cumpre lembrar, como afirmado em *paper* específico, esta técnica específica carece de um elemento «reconstrutivo», uma vez que o Tribunal Constitucional exprime uma espécie de orientação (ou um «*indirizzo*») para que o órgão competente proceda com sua atividade, respeitando os princípios identificados. (LAMEIRO; LIMA; BRAGA JÚNIOR, 2020, p. 289-290; MORAIS, 2005, p. 398-409; CANAS, 1994, p. 80 e ss[10])

Em segundo, é ponto «nodal» dessa questão a hipótese de se considerar que há uma censura pelo Tribunal a determinado conteúdo normativo inconstitucionalmente «implícito», na qual o operador deôntico, simultaneamente permissivo e limitador, ainda que, *contrario sensu,* permitam determinadas possibilidades que ensejam o quadro de inconstitucionalidade.

Não é de estranhar, portanto, que a parte dita por «reconstrutiva» da decisão decorre de fundamento lógico do preceito eliminado, de tal sorte que, na própria componente reconstrutiva, vislumbra-se que o elemento aditivo/reparador, fundamentalmente, no que diz respeito a extensão dessa mesma restrição e/ou limitação às demais categorias de pessoas jurídicas, encontra abrigo na perene liberdade de conformação do legislador. Não há, portanto, que se falar em interferência direta na atuação do órgão competente. Com efeito, será possível considerar que a presença da componente aditiva perfaz o seu caráter demolitório (ou mesmo redutivo), em que, ao fim e ao cabo, implica inevitavelmente na supressão da norma que advém da disposição normativa e constitui o quadro de inconstitucionalidade, porque, ao eliminar estes elementos, faz-se possível «*oferecer as condições normativas adequadas a obter uma conformidade entre lei e constituição*», como também ao exprimir uma espécie de orientações (LAMEIRO; LIMA; BRAGA JÚNIOR, 2020, p. 291; MORAIS, 2005, p. 377-378).

10 A doutrina há muito debate se a referida decisão se trata (ou não) de uma sentença aditiva, justamente, pela ausência desta componente reconstrutiva e pelo próprio Tribunal exprimir um «indirizzo», de tal modo que há uma estreita relação desta técnica com uma declaração de incompatibilidade sem a pronúncia de sua nulidade. Indicamos também, como já citado, para um maior aprofundamento em URBANO, 2012, p. 109- 114; MEDEIROS, 1999, p. 478 e ss.

De todo o modo, o que se pode perceber é que as decisões manipulativas com efeitos aditivos fazem parte do universo de decisões proferidas pelo STF[11]. Alguns Autores[12], inclusive, afirmam que, possivelmente, a primeira decisão manipulativa com efeitos aditivos de destaque fora utilizada há quase duas décadas, a qual é-nos possível extrair na ADI n. 3.105/DF. Trata-se de uma discussão que envolveu base de cálculos diferenciadas entre, de um lado, servidores e pensionistas da União, de outro, servidores e pensionistas dos demais entes federados. O STF declarou a inconstitucionalidade das disposições normativas «*cinquenta por cento do*» e «*sessenta por cento do*», contidas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 4º. da EC n. 41/2003, uma vez que entendeu configurar grave violação ao princípio da isonomia tributária, como também uma discriminação infundada por violação ao princípio da igualdade.

4 O MANDADO DE INJUNÇÃO E OS CASOS DE OMISSÃO

Muito embora, o Tribunal Constitucional de países como Itália, Espanha e Portugal, eventualmente, façam o uso das chamadas sentenças aditivas, principalmente, para aqueles quadros de omissão parcial relativa que implicam em ações de controle concentrado, ou para evitar possíveis quadros de lacunas pela componente ablativa da decisão, importa-nos referir que a ordem jurídica brasileira possui uma disciplina própria e que ultrapassa os meros limites da «omissão parcial relativa», qual seja, a figura do mandado de injunção. O instituto, estabelecido em conformidade com o que preconiza o Art. 5º, LXXI, é devidamente regulamentado pela Lei n. 13.300/2016.

Em diferentes oportunidades foi afirmado que entre os pressupostos teóricos aqui adotados, não se revela como possível uma decisão aditiva legítima em omissões totais e/ou parciais comuns, mas, tão somente, para os casos de omissão parcial relativa, principalmente, quando estamos diante da hipótese de flagrante violação ao princípio da igualdade. Porém, apesar disso, embora também se tenha afirmado que nossa

11 É possível ainda citar outros típicos casos em que o STF se valeu de decisões aditivas como, por exemplo, o caso sobre as chamadas «cláusulas de barreira», na ADI n. 1.351 e 1.354; na ADPF n. 54, que trata sobre a criminalização do aborto de fetos anencéfalos; a hipótese elencada pelo Min. Gilmar Mendes no âmbito de discussão da ADPF n. 132/RJ e ADI n. 4.277/DF, que trata do reconhecimento da união homoafetiva, em que o Tribunal valeu-se de interpretação conforme ao art. 1.723, do Código Civil, não deixando de existir um conteúdo aditivo pela extensão do âmbito de incidência normativa, dentre outras.

12 Nessa linha, cita-se MENDES, 2002, p. 1829; MORAIS, 2005, p. 257.

preocupação se funda, especificamente, pela inconstitucionalidade por ação em controle concentrado, não se pode perder de vista a figura do Mandado de Injunção brasileiro.

No mandado de injunção a decisão concretizadora vem, eventualmente, imbuída de um conteúdo aditivo em sede mandamental, em que pese o fato de suas múltiplas características, inclusive no que se refere à possibilidade de eficácia *erga omnes* em sede mandamental. Muito embora, o referido tema seja ele próprio merecedor de um trabalho autônomo, o nosso objetivo reside, tão somente, em uma análise específica, mostrar como o STF se valeu de uma decisão manipulativa com efeitos aditivos em sede mandamental. Nesta direção, mais recentemente no AgR no M.I. n. 7.044/PR, sob a relatoria do Min. Celso de Mello, foi reafirmado o entendimento da Corte no que diz respeito ao benefício da aposentadoria em caráter especial para a carreira de Agente Penitenciário no estado do Paraná, uma vez que a referida categoria, por exercer atividade de risco, enquadra-se na hipótese prevista no Art. 40, §4º, II, da CF/88, antes da alteração trazida pela E.C. n. 103/2019 (a Reforma da Previdência de 2019).

É bem verdade que pela ideia de descentralização política, cabe a cada estado- membro o exercício de sua autonomia no que diz respeito ao regime próprio de previdência. Neste quadro, importa ressaltar que a jurisprudência assente do STF que a categoria de agentes penitenciários se enquadra em atividade de risco, portanto, fazendo jus a concessão especial.

Independentemente das questões jurídico-materiais que a questão envolve, o que é interessante notar do caso em tela é que este versa, especificamente, sobre uma situação de omissão parcial, isto é, não se trata de omissão absoluta (como no caso referente à greve de servidores públicos), uma vez que existe previsão normativa para a categoria específica de agentes públicos nos quadros policiais (LC n. 51/85). O que se discute no caso é a hipótese de um quadro insuficiente de concretização pelo Poder Público ao não incluir a previsão de agentes penitenciários, nem mesmo com as alterações dadas pela LC n. 144/2014, a qual atualizou e alterou a referida LC 51/85.

De toda a forma, essa mesma linha de raciocínio parece ter sido levada em consideração pelo Tribunal, através de suas diferentes decisões, importando-nos que o STF considerou que apenas agentes policiais e penitenciários se enquadram na mesma categoria para aposentadoria especial: a de risco em razão de suas atividades.

No referido caso, trata-se de uma possível decisão em sede de MI com caráter aditivo, ainda que não se esteja a falar em uma omissão parcial

relativa. Ora, a possibilidade de exercício de uma garantia social foi reconhecida com base no simples alargamento do âmbito de incidência normativa de uma regra posta, não implicando, destarte, em invasão a esfera de conformidade política do legislador.

Aliás, não é sequer o caso de afirmar que o STF usurpou a competência do poder competente, uma vez que diferente de outros casos, como o analisado exercício do direito de greve, o STF não criou novos requisitos para adequar a categorias com natureza jurídica distintas. Ao contrário. No referido caso o que está em causa é a presença de uma componente «adjuntiva» com base em uma norma já expressa, e cujo principal objetivo permite inferir em um direito conexo que se enquadra na mesma hipótese de trabalhadores que laboram em condições perigosas (policiais e agentes penitenciários).

Assim, a componente aditiva, no caso, estruturou-se pela conduta do Estado em não regular a referida matéria de forma suficiente atendendo a vontade estabelecida na Constituição, o que implica em seu fazer incompleto para viabilizar o exercício de um direito.

6. CONCLUSÕES

No presente estudo, tivemos a oportunidade de destacar alguns pontos considerados como de fundamental relevância acerca das sentenças manipulativas com efeitos aditivos na Justiça Constitucional. Trata-se de uma técnica de decisão que vem se consolidando no âmbito de atuação do STF nas últimas décadas. Por isso, é importante que se questione até que ponto o STF está se valendo do instituto de forma a substituir- se ao poder competente, ou seja, fora do círculo no quadro constitucional que lhe cabe, principalmente quando coloca em risco o princípio democrático.

Nessa linha, defende-se que a técnica aditiva não possibilita, em qualquer hipótese, uma criação «*ex nihilo*» de direito novo pelo Tribunal, mas, tão somente, reparar eventuais efeitos decorrentes da componente «*ablativa*» da decisão, ou naqueles casos quando se está diante de omissões inconstitucionais relativas.

Nesta linha de raciocínio, cumpre-nos ainda afirmar que no âmbito da ordem brasileira há instrumentos específicos para os casos de omissão legislativa que obstaculize o exercício de direitos fundamentais. Com efeito, verificou-se que a decisão em sede de MI pode ser utilizada sem ultrapassar as margens de conformidade política do legislador em efetivar determinado direito previsto constitucionalmente.

Também foi possível identificar que essa tendência de prolação de sentenças de efeitos aditivos pelo STF não é novidade, sendo que o mandado de injunção parece ser uma via natural em que este fenômeno jurídico vá se revelar, embora em alguns casos, consideremos ter havido excessos, como, por exemplo, no MI 708-0.

Por fim, em outros casos, o STF prolatou sentença aditiva para a garantia de uma resposta em conformidade com as exigências constitucionais, mesmo que sem a fundamentação pela técnica, ocorrendo, sobretudo, naqueles casos onde exigia-se a extensão lógica/normativa em conformidade com o princípio da igualdade, a qual, acertadamente, foi legítimo e de acordo com a separação de poderes, não existindo qualquer substituição ao poder legiferante.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.351/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 07.12.2006. Tribunal Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.354/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 07.12.2006. Tribunal Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federa. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 12.04.2012. Tribunal Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federa. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto, j. 05.05.2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto, j. 05.05.2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 17.09.2015. Tribunal Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello, j. 13.06.2019. Tribunal Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.105/DF – Distrito Federal. Relator: Ministra Ellen Gracie, j. 18.08.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 7.044/PR – Paraná. Relator: Ministro Celso de Mello, j. 13.10.2020. Tribunal Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 6.124/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 30.11.2017. Tribunal Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 6.250/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello, j. 06.02.2018. Tribunal Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 6.516/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes, j. 18.06.2015. Tribunal Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 6.975/PR – Paraná. Relator: Ministra Carmén Lúcia, j. 12.12.2018. Tribunal Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 7.044/PR – Paraná. Relator: Ministro Celso de Mello, j. 15.04.2019. Tribunal Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 708-0/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes, j. 25.10.2007. Tribunal Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 833/DF – Distrito Federal. Relator: Min. Carmen Lúcia, j. 22.10.2014. Tribunal Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 844/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, j. 11.06.2015. Tribunal Pleno.

BRITO, Miguel Nogueira de. *Lições de Introdução à Teoria da Constituição*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017

LAMEIRO, Vinícius Silva do; LIMA, Marcelo Machado Costa; BRAGA JÚNIOR, Getúlio Nascimento. As sentenças manipulativas no âmbito da Justiça Constitucional: Limites e possibilidades das sentenças aditivas. In: MONTEIRO, Matheus Vidal, *et al.* (Orgs.). *Desafios e Perspectivas do Direito Processual Civil Contemporâneo*. Vol. I. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020;

LIMA, Marcelo Machado Costa. *A Validade Legítima: Um ensaio sobre o caso brasileiro*. 565 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Universidade de Lisboa. Lisboa, 2014;

MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

MORAIS, Carlos Blanco de. As Omissões Legislativas e os Efeitos Jurídicos do Mandado de Injunção: um ângulo de visão português. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de Injunção: Estudos sobre a sua Regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013;

MORAIS, Carlos Blanco de. As Omissões Legislativas e os Efeitos Jurídicos do Mandado de Injunção: um ângulo de visão português. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de Injunção: Estudos sobre a sua Regulamentação.* São Paulo: Saraiva, 2013;

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005;

A CRISE NA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL SATISFATIVA: DO BACENJUD AO SISBAJUD

BARROS, Felipe Pires Lopes de[1]
LEITE, Marina Duque Moura[2]
OLIVEIRA, Giovanna Paula de[3]

1 Especialista em Direito (EMERJ). Advogado. Professor Substituto da UFF (VCH-VDI). fplbarros@id.uff.br

2 Mestre em Direito Civil (UERJ). Advogada. marinaduquemouraleite@gmail.com

3 Graduanda em Direito pela UFF (VCH-VDI). giovannayoresh@hotmail.com

RESUMO

A crise de efetividade do Poder Judiciário traz a necessidade de uma reflexão analítica e crítica a respeito da tutela jurisdicional satisfativa. O objetivo deste trabalho é refletir sobre as modificações que ocorreram ao longo dos anos no âmbito da atividade executiva, sobretudo em razão dos influxos das inovações tecnológicas. A tecnologia, assim como impacta os hábitos e rotinas dos indivíduos, também repercute no desenvolvimento das medidas judiciais constritivas em prol de uma tutela jurisdicional (cognitiva e satisfativa) adequada, efetiva e tempestiva. A justificativa e a relevância desta pesquisa decorrem de o objeto de estudo se tratar de um novo sistema implementado pelo Conselho Nacional de Justiça, o SisbaJud em substituição ao BacenJud. A pesquisa bibliográfica qualitativa permitiu identificar um aprimoramento do sistema pela implementação de novas ferramentas tecnológicas a fim de desburocratizar o processo judicial e agilizar as demandas da sociedade.

Palavras-chave: Direito Processual Civil; Atividade Executiva; Penhora *online*; Inovações Tecnológicas.

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2019, o Poder Judiciário brasileiro finalizou o período com 77,1 milhões de processos em trâmite com uma taxa de congestionamento de 68,5%. A análise desses dados demonstra que, do acervo apontado, 55,8% dos casos se referem à fase de atividade executiva, caracterizando os "gargalos da execução".

A partir desses dados alarmantes, nota-se a necessidade de se refletir sobre a tutela jurisdicional satisfativa em âmbito executivo. A sociedade vivencia uma era de conectividade digital em que é possível encontrar e se conectar a pessoas e coisas em qualquer lugar do mundo por meio de recursos tecnológicos até mesmo do tamanho da palma de suas mãos. Por conseguinte, é irrefutável que o avanço da tecnologia e a conectividade mundial impactam a atividade jurisdicional.

É, então, importante e necessário o desenvolvimento de reflexões sobre a incorporação dessas modificações no âmbito do Direito Processual Civil, sobretudo a atividade executiva. Dessa forma, pensar na tutela satisfativa na atualidade perpassa por reflexões a respeito dos sistemas de justiça e a maneira como inovações tecnológicas podem influenciar e contribuir para a efetividade da satisfação do direito material violado. Para fins de delimitação deste trabalho, limitar-se-á a análise à atividade executiva da obrigação de pagar contra devedor solvente e ao que ficou conhecido como "penhora *online*", a penhora eletrônica de ativos financeiros pelo sistema SisbaJud, que substituiu o antigo BacenJud.

Portanto, o objetivo é estabelecer uma reflexão crítica sobre a tutela executiva satisfativa e a implementação de recursos tecnológicos a fim de correlacionar com a efetividade do Poder Judiciário.

2. METODOLOGIA

Neste trabalho utilizou-se essencialmente o método de pesquisa bibliográfica qualitativa. O critério para seleção das fontes foi a identificação e utilização de autores de referência sobre o tema. Buscaram-se as informações estatísticas da base de dados oficial do Poder Judiciário brasileiro, o anuário Justiça em números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Para aprofundamento da reflexão, expandiu-se o estudo para alcançar aqueles que também apresentam uma visão analítica e crítica inerente à crise de efetividade da tutela jurisdicional satisfativa.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

O Direito Processual Civil contemporâneo, ao refletir sobre a tutela jurisdicional, costuma proclamar que ela deve ser adequada, efetiva e tempestiva. Tem-se, como premissa, o instrumentalismo, que permite identificar um dever de se empenhar para a obtenção do maior e mais adequado proveito possível do processo. (DINAMARCO, BADARÓ, LOPES, 2020, p.30).

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) expressamente positivou esse desiderato no art. 4º, cujo teor é: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a tutela satisfativa". O legislador, então, expressamente estabeleceu um comprometimento com a instrumentalidade do direito processual a findar na efetividade da tutela do direito material deduzido. Cuida-se do direito à tutela satisfativa, que significa direito à execução (DIDIER, 2017, p. 65). Mais do que isso, há o direito fundamental à tutela executiva (GUERRA, 2002).

Em síntese, por meio da atividade executiva, opera-se a concretização do direito material, tendo em vista que além de os direitos serem reconhecidos, devem ser efetivados (DIDIER, 2017, p. 65).

3.1. O princípio da efetividade e a atividade executiva

Dinamarco preceitua, "executar é dar efetividade e execução é efetivação" (DINAMARCO, p. 31). No plano da vida, tudo o que se busca concretizar depende de uma execução, seja uma composição musical, seja um projeto financeiro. Com a atividade executiva, não é diferente. O que se busca é semelhante, é a realização do direito material, a sua efetivação. Dessa maneira, "executar é dar efetividade a um concreto preceito jurídico [...]" (DINAMARCO, 2019, p. 35).

A concretização da tutela executiva far-se-á mediante um sistema de tutela jurisdicional que consiga entregar "pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva" (GUERRA, 2002, pp. 102-103). O princípio da efetividade, corolário do princípio do devido processo legal, então, impõe que "os direitos devem ser efetivados, não apenas reconhecidos. Processo devido é processo efetivo" (DIDIER, CUNHA, BRAGA, OLIVEIRA, 2017, p. 65).

Portanto, a atividade executiva, compreendida a partir do princípio da efetividade, significa que as normas processuais da tutela executiva devem ser interpretadas de tal forma que se possa extrair a maior efetividade possível. O juiz tem o poder-dever de não aplicar uma norma que possa impor uma restrição a um meio executivo, como também de escolher os meios exe-

cutivos necessários à prestação integral da tutela executiva a fim de satisfazer o direito material (DIDIER, 2017, p. 66; GUERRA, 2002, pp. 102-103).

Contudo, no ano de 2019, o Poder Judiciário brasileiro finalizou o período com 77,1 milhões de processos em trâmite com uma taxa de congestionamento de 68,5%. Esse percentual, destaca-se, é o menor índice verificado em toda a série histórica. A análise desses dados demonstra que, do acervo apontado, 55,8% dos casos se referem à fase de atividade executiva, caracterizando os "gargalos da execução" (CNJ, 2020). Em outros termos, mais da metade dos processos em trâmites são relacionados ao cumprimento forçado de uma obrigação inadimplida constante de um título executivo.

3.2. A busca de efetividade e o sincretismo processual

Araken de Assis associa a atividade cognitiva como 'trabalho de gabinete' e a executiva como 'trabalho de campo'. Ambas têm um denominador comum. Segundo o doutrinador "elas visam à tomada de providências capazes de, conforme o caso, preservar ou reintegrar 'em termos definitivos' a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado ou lesado" (ASSIS, 2016, pp. 19-20).

Com essa perspectiva, a atividade executiva vem sofrendo alterações a fim de que possa efetivamente tutelar o direito material violado.

Originalmente, o legislador do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) estabelecia três atividades jurisdicionais definidas e delimitadas: o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar. Todavia, essa autonomia era criticada, pois ela foi estabelecida numa época "em que os processualistas não haviam classificado, com rigor científico, as pretensões e ações" (ASSIS, 2016, p. 20). Até mesmo porque fazia-se necessária aos processos cautelar e executivo a cognição, como também atos executórios podiam ser verificados nos processos de conhecimento. Ou seja, toda demanda exigiria cognição do órgão jurisdicional para que pudesse conhecer do *thema decidendum* deduzido, independentemente de ser num processo de conhecimento, cautelar ou de execução. (ASSIS, 2016, pp. 20-21).

Com os anos, surgiu a necessidade de aprimoramento da atividade jurisdicional para atender aos anseios da sociedade de uma prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Foram realizadas reformas no CPC/1973, a partir da década de 90, culminando na Lei 11.232/2005, que modificou e simplificou a atividade executiva.

Estabeleceu-se, então, no direito brasileiro o sincretismo processual. Ele consiste na sintetização, unificação, em único processo das

atividades jurisdicionais, que, por sua vez, estão divididas em fases: "A execução das sentenças, gradativamente, passou a não mais ocorrer em processo autônomo, mas, sim, como fase complementar ao processo de conhecimento", já que assim o processo cumpriria para além de um propósito: certificar e efetivar (DIDIER, 2017, p. 46).

Dinamarco (2019, p. 57) discorre:

> A fase executiva, ou de cumprimento de sentença, é um procedimento ulterior que se realiza sem que haja sido extinto o processo iniciado com o pedido de condenação do réu. A sentença proferida na fase de cognição não põe termo a processo algum, mas somente a essa fase (art. 203, § 1º), e apenas abre caminho para que o processo passe de uma fase a outra, sem necessidade de nova petição inicial formalmente composta, bastando um requerimento do credor (art. 513, § 1º); e também não se realiza a citação do demandado, pois ordinariamente basta a intimação feita ao advogado e não à própria parte (art. 513, § 2º, inc. I).

Nos ensinamentos de Didier, Cunha, Braga e Oliveira (2017, p. 46) é perceptível como o processo sincrético vem ao encontro do princípio da efetividade:

> A dispensa do ajuizamento de um processo autônomo para execução de sentença não só veio diminuir o tempo necessário à prestação da tutela jurisdicional – afinal, o credor não mais precisaria, tal como ocorria até então, promover nova citação pessoal do réu/devedor – como também veio romper de vez com um velho paradigma segundo o qual a atividade executiva estaria dissociada da precedente atividade jurisdicional cognitiva.

Portanto, constatam-se um esforço contínuo no direito processual civil brasileiro em busca da efetividade e um constante aprimoramento do sistema a fim de conferir uma tutela jurisdicional satisfativa de modo adequado, efetivo e tempestivo ao direito material deduzido.

3.3. A tutela executiva satisfativa

A tutela satisfativa envolve um "[...] conjunto de medidas com as quais o juiz produz ou propicia a satisfação do direito de uma pessoa à custa do patrimônio de outra, quer com o concurso da vontade desta, quer independentemente ou mesmo contra ela" (DINAMARCO, 2019, p. 32).

Dessa forma, quando se refere à tutela executiva satisfativa, remete-se aos meios de efetivar uma prestação devida que não foi adimplida espontaneamente (DIDIER, CUNHA, BRAGA, OLIVEIRA, 2017, p. 42). Com isso, quando o adimplemento não se der por via espontânea, será provocado por atos coercitivos do Estado (DINAMARCO, 2019, p. 35). Cuida-se de atividade com viés social, cuja característica é a satisfação, a concretização, do direito material violado (DINAMARCO, 2019, pp. 61-62).

Assis explica que "por meio da execução forçada, o órgão judiciário privará o executado imediata ou progressivamente da garantia constitucional de gozar do que é seu (e do que se encontra na sua esfera jurídica), imputando bens à satisfação do crédito do exequente" (ASSIS, 2016, p. 35). Nessa dinâmica, o sistema processual impõe situação tão onerosas e inconvenientes a fim de se criar um ambiente hostil de maneira tal que seja mais benéfico ao devedor o cumprimento da prestação devida ao invés de continuar inadimplente. (DINAMARCO, 2019, p. 42).

No âmbito dos atos constritivos, a penhora é o primeiro ato expropriatório (art. 523, §3º, do CPC) de uma obrigação de pagar contra devedor solvente. Essa providência tem por objetivo a afetação de bens ao procedimento e sujeitá-los instantaneamente à execução (ASSIS, 2017, p. 621). Ela, então, é "o ato pelo qual se apreendem bens para empregá-los, de maneira direta ou indireta, na satisfação do crédito exequendo" (MOREIRA, 1995, p. 268). Preferencialmente, deve recair sobre dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira (art. 835, I, do CPC). No tópico seguinte, verificar-se-á o sistema para a sua realização.

3.4. O aprimoramento do sistema de constrição judicial: Do BacenJud ao SisbaJud

No ano 2000 foi criado o BacenJud. Ele era um sistema eletrônico usados exclusivamente por magistrados, criado por meio de convênio técnico entre o Banco Central do Brasil e o Poder Judiciário. Essa ferramenta trouxe revolução no sistema de penhoras judiciais ao simplificar e facilitar o bloqueio de ativos financeiros para satisfação do direito material de crédito.

Seu funcionamento se dava pelo bloqueio (penhora) *online*, por ato executivo a requerimento do juiz da demanda, de valores em conta corrente e conta poupança, valores aplicados em títulos de renda fixa público e privado, valores em conta cooperativas de crédito e, a partir de 2018, de bens de devedores aplicados em renda variáveis em todas as instituições financeiras conveniadas ao Sistema Financeiro Nacional. Esses recursos financeiros ficavam vinculados a uma conta judicial à disposição

do juízo requisitante (CABRAL, CRAMER, 2015, 1.333-1337). Caso o devedor cumprisse com a prestação que lhe foi imposta, o bloqueio poderia ser removido por ato do magistrado.

Antes da operacionalização da penhora eletrônica, o procedimento era demorado e burocrático. Era necessário enviar ofícios aos bancos para a efetivação do bloqueio de valores eventualmente constante em conta. Com a penhora *online*, somente no ano de 2019, os bloqueios feitos pelo BacenJud para realizar de pagamento de credores somaram R$ 55,9 bilhões, sendo cerca de 18 milhões de decisões judiciais (CNJ, 2020a).

Com o passar dos anos e o aprimoramento tecnológico, surgiu a necessidade de renovar e de aprimorar o rastreamento de ativos de devedores. A penhora virtual já havia se tornado a principal maneira de se realizar o bloqueio de ativos no Judiciário brasileiro. Todavia, o BacenJud não conseguia mais suprir a necessidade de inclusão de novas e importantes funcionalidades. No final do ano de 2019 começou a ser desenvolvido o Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário, o SisbaJud (CNJ, 2020c).

Lançado em agosto de 2020, seu desenvolvimento se deu por meio do Acordo de Cooperação Técnica 041/2019 entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Banco Central (Bacen) e a Procuradoria Geral da Fazenda Pública (PGFP) para desenvolver um novo sistema para substituir integralmente o BacenJud e aprimorar a forma de o Poder Judiciário transmitir seus atos constritivos às instituições financeiras (CNJ, 2020c).

Para que o sistema pudesse ser efetivo e proporcionar exequibilidade, foi estabelecido um cronograma de migração de dados do BacenJud para o SisbaJud, realizado pelo próprio CNJ. Dessa forma, quando entrasse em funcionamento, estaria bem adaptado aos tribunais e operasse "de forma plena e exclusiva" (CNJ, 2020b).

Algumas inovações contempladas pelo SisbaJud são: a possibilidade de requisitar informações detalhadas de extratos em conta corrente no modelo previsto pelo SIMBA; informações detalhadas do sistema do Ministério Público Federal; a emissão de ordens pelos magistrados, que solicitem às instituições financeiras informações do executado, como "cópia dos contratos de abertura de conta corrente e de conta de investimento, fatura de cartão de crédito, contratos de câmbio, cópia de cheque", extrato dos PIS e do FGTS; os valores a serem bloqueados passam a poder recair em conta corrente, ativos mobiliários além de títulos de renda fixa e ações (CNJ, 2021).

Essas ordens emitidas passam a ter uma maior automação, quando comparadas ao antigo BacenJud. As requisições de bloqueio deixam de ser pontuais e necessitar de reiterações manuais. A conhecida popularmente

como "teimosinha" foi substituída pela possibilidade de reiteração automática, possibilitando ao juiz escolher quantas vezes uma mesma ordem deverá ser reiterada no sistema para o total cumprimento (CNJ, 2021).

No ano de 2019, a inefetividade do BacenJud foi demonstrada nos indicadores do "Justiça em Números 2019" do CNJ, ao finalizar o ano com 77,1 milhões de processos em tramitação com uma taxa de congestionamento de 68,5%. A análise dos dados apresentados demonstra que, do acervo apontado, 55,8% dos processos se referem à fase de atividade executiva caracterizando os "gargalos da execução" (CNJ, 2020a). De outro modo, mais da metade dos processos em trâmite são relacionados com o cumprimento forçado de uma obrigação não adimplida constante de um título executivo.

No ano de 2020, desde o mês de março, o Judiciário conseguiu alcançar o maior quantitativo de bloqueio de valores de devedores para quitação de dívidas sentenciadas, sendo a grande maioria processos trabalhistas. Somente no ano passado, os resultados se mostraram promissores, a soma integral dos valores interceptados pelos tribunais das contas dos devedores resultou em R$ 58,9 bilhões; portanto, acima dos R$ 56 bilhões do ano de 2019. Esse percentual, destaca-se, é o maior registrado em toda a série histórica desde 2014. De todo o montante bloqueado em 2020, R$ 37,9 bilhões o foram somente entre os meses de setembro e dezembro (CNJ, 2021).

Dayse Starling, juíza auxiliar da presidência do CNJ, integrante da equipe responsável pelo aprimoramento do SisbaJud, "estima que os valores a serem bloqueados a partir deste ano [...] tendem a ser expressivamente maiores que em anos anteriores" (CNJ, 2021).

Ela explica que o sistema sempre passa por melhorias a fim de que a resposta aos magistrados possa ser mais célere. Ainda, explica que a automação da plataforma proporcionará uma agilidade ainda maior na tramitação dos processos. Ela exemplifica "Antes, um servidor [...] precisava pegar processo por processo, entrar no sistema e cadastrar as ordens de bloqueio individualmente. Agora, com o Sisbajud, essas etapas são automatizadas e feita em blocos de ordem" (CNJ).

As ordens de bloqueio passam a seguir o fluxo do processo eletrônico e de forma automática em busca de respostas sem ser necessária a intervenção humana. Por conseguinte, o tempo da tramitação processual e o tempo em que o processo não estaria em andamento serão reduzidos (CNJ, 2021).

Ilustrativamente, as respostas às solicitações de bloqueio demoram em torno de dois dias para que haja a confirmação pelas instituições financeiras. Com o desenvolvimento da ferramenta, o tempo será expressivamente reduzido (CNJ, 2021).

Dayse Starling (CNJ, 2021) descreve sua expectativa do novo SisbaJud e das inovações que serão agregadas:

> O que desejamos e estamos trabalhando fortemente neste ano é para que os usuários não precisam [*sic*] conhecer esses sistemas de bloqueio de bens, que todas as etapas sejam automatizadas e façam parte do fluxo do processo judicial. E quanto mais automatizado o sistema for e quanto menos sistemas o juiz precisar entrar, mais tempo ele terá para analisar os processos e, com isso, menos tempo será gasto na tramitação e mais rápida será a jurisdição.

Nesse espírito, acrescenta-se que a Federação das Entidades Sindicais dos Oficiais de Justiça do Brasil (FESOJUS-BR) se empenha para a criação de perfil do Oficial de Justiça no âmago dos sistemas eletrônicos de penhora virtual desde outubro de 2018 (desde a vigência do BacenJud). O intento é auxiliar o atuar da Justiça e contribuir com a "maior eficiência, efetividade e celeridade no cumprimento, em tempo real dos mandados judiciais". Portanto, encontra-se disposta a cooperar com o CNJ para a busca de uma justiça mais célere, efetiva e tempestiva (ALMEIDA, 2021).

Evidencia-se, por tudo isso, que o desenvolvimento do SisbaJud tem por finalidade a celeridade processual e a desburocratização do processo judicial com o emprego de ferramentas tecnológicas para agilizar as demandas da sociedade (CNJ, 2021).

4. CONCLUSÕES

Com o presente trabalho, a partir dos dados estatísticos levantados pelo Conselho Nacional de Justiça, verificou-se o quanto são alarmantes os "gargalos da execução". Pôde-se identificar uma verdadeira crise de (in)efetividade da tutela jurisdicional executiva satisfativa. No ano de 2019, dos 77,1 milhões de processos em trâmite, 55,8% deles são referentes à atividade executiva, sendo esse expressivo patamar o menor índice verificado em toda a série histórica.

Ao analisar a dogmática processual relativa ao tema, identificou-se um comprometimento expresso da legislação com a tutela satisfativa. O que até então era uma premissa científica, passou a embasar e orientar o direito posto. Dessa forma, tem- se como premissa do legislador a existência de um dever de se empenhar para a obtenção do maior e mais adequado proveito possível do processo. Cuida-se de um direito fundamental à satisfação, efetivação, do direito material deduzido.

Nessa perspectiva, a atividade executiva deve ser compreendida a partir do princípio da efetividade. Impõe-se ao julgador o poder-dever de não aplicar uma norma que possa impor uma restrição a um meio executivo, como também de escolher os meios executivos necessários à prestação integral da tutela executiva a fim de satisfazer o direito material. Portanto, não basta o reconhecimento de direitos, é necessário que a tutela jurisdicional seja adequada, efetiva e tempestiva.

Para atender ao seu fim social, há a necessidade de se aprimorar a atividade jurisdicional. Ao longo da história da ciência processual brasileira, no âmbito do processo civil, pôde-se identificar uma verdadeira busca pela efetividade. Esforços da doutrina, da legislação e dos tribunais para proporcionar a efetiva proteção do direito material. A ciência reconstruiu suas categorias e desenvolveu aquilo que foi denominado de sincretismo processual. Processo sincrético consiste na sintetização, unificação, em único processo das atividades jurisdicionais, que, por sua vez, estão divididas em fases. Reduziu-se o tempo necessário à prestação jurisdicional e se superou o velho paradigma de que a atividade executiva estaria dissociada da cognitiva antecedente.

O empenho em busca da efetividade não é apenas vista no âmbito do atuar cognitivo. Abrange também a tutela satisfativa, que também necessita ser adequada, efetiva e tempestiva.

O conjunto de medidas coercitivas praticado pelo Judiciário também vem se aprimorando ao longo dos anos. Sob os influxos do avanço tecnológico, foi concebido um convênio técnico com o Banco Central (BacenJud). Criou-se a possibilidade de se realizar o bloqueio (penhora) de ativos financeiros para a satisfação do direito material de crédito. O implemento dessa tecnologia dispensou o procedimento de outrora, burocrático e moroso por meio da expedição de ofícios às instituições financeiras.

Com o aprimoramento da tecnologia, surgiu a necessidade de renovar e de aprimorar o rastreamento de ativos financeiros. O BacenJud já não conseguia mais suprir a necessidade de inclusão de novas e importantes funcionalidades. No final do ano de 2019 começou a ser desenvolvido o Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário, o SisbaJud. As ordens emitidas passam a ter uma maior automação, quando comparadas ao antigo BacenJud. As ordens de bloqueio passam a seguir o fluxo do processo eletrônico e de forma automática em busca de respostas sem ser necessária a intervenção humana. Por conseguinte, o tempo da tramitação processual e o tempo em que o processo não estaria em andamento serão reduzidos

Portanto, o desenvolvimento do SisbaJud tem por finalidade a celeridade processual e a desburocratização do processo judicial com o emprego de ferramentas tecnológicas para agilizar as demandas da sociedade. Constatou-se, a partir dos dados levantados pelo CNJ, um aprimoramento do sistema de justiça pela implementação de novas ferramentas tecnológicas.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA. Eleandro Alves. *Perfil do Oficial de Justiça no Sisbajud*: *Adequação do fato à norma*, Revista eletrônica Consultor Jurídico, 3 de março de 2021. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2021-mar-03/perfil-oficial-justica-sisbajud-adequacao-fato-norma >. Acesso em: 18/04/2021.

ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020a.

Conselho Nacional de Justiça. *Penhora on-line: novo sistema será lançado no dia 25*. CNJ, 2020b. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/penhora-on-line-novo--sistema- sera-lancado-no-dia-25/ >. Acesso em 18/04/2021.

Conselho Nacional de Justiça. *SisbaJud melhora efetividade da execução judicial*. CNJ, 2020c. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/sisbajud-melhorar-efetividade-da- execucao-judicial/ >. Acesso em 18/04/2021.

Conselho Nacional de Justiça. *Justiça amplia bloqueio de valores para quitar dívidas.* CNJ, 2021. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/justica-amplia-bloqueio-de-valores- para-quitar-dividas/ >. Acesso em 18/04/2021.

Conselho Nacional de Justiça. *SISBAJUD – Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário*. CNJ. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/sistemas/ sisbajud/ >. Acesso em 18/04/2021

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil, vol. 2*, 22. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil, vol. 5*., 7. ed., Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. IV*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2019.

_; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo*. 32. ed., São Paulo: Malheiros, Salvador: Juspodivm, 2020.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 17. ed., 1995.

DIÁLOGO JURISDICIONAL: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE INTERAMERICANO

RASGA, Mariana de Freitas[1]
FEITOSA, Anna Laura[2]
MACENA, Matheus Bogdan[3]
SANTOS, Luís Victor Rangel Domingos dos[4]

1 Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Professora Auxiliar da Universidade Estácio de Sá e da Universidade Veiga de Almeida. Pesquisadora do Programa de Pesquisa Produtividade da UNESA. E-mail: mfrasga@hotmail.com;

2 Graduanda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Pesquisadora da linha de Direito Internacional e Política do Núcleo de Estudo e Pesquisa em Direito Internacional da UERJ e Aluna Colaboradora do Projeto de Iniciação Científica UVA. E-mail: annalaura.feitosa@explicaenem.com;

3 Graduando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Pesquisador PIC-UVA. E-mail: matheusbmacena1@gmail.com;

4 Graduando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. E-mail: luisrangel4469@gmail.com.

RESUMO

Estados signatários de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos teriam, por lógica, objetivos e atitudes transigentes com a proteção do ser humano, seja a partir da tomada de decisões pelos tribunais, seja através de medidas para afastar normas contrárias aos tratados sobre direitos humanos. Contudo, essa não parece ser uma realidade brasileira, pois o Poder Judiciário raramente aplica o controle de convencionalidade como mecanismo de verificação de compatibilidade de um ato normativo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, calcado na máxima de realizar a guarda da Constituição, somente promove o exercício de proteção aos direitos humanos tangencialmente. Nesse aspecto, a sistemática adotada no Brasil ainda se vale do uso tradicional do controle de constitucionalidade para solução dos casos judicializados. Assim sendo, é importante fomentar o diálogo jurisdicional entre os Tribunais internos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de intensificar a tutela dos direitos de toda e qualquer pessoa e a eficácia dos instrumentos internacionais de direitos humanos.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; controle de convencionalidade; diálogo entre jurisdições; Supremo Tribunal Federal.

1. INTRODUÇÃO

A aplicação do controle de convencionalidade ainda é rudimentar no Brasil em comparação aos demais Estados integrantes do Sistema Interamericano de Proteção e Promoção dos Direitos Humanos (SIPDH). Entretanto, casos emblemáticos, como o da proibição da prisão do depositário infiel, o do direito ao silêncio e o da obrigatoriedade da audiência de custódia, examinados respectivamente no Recurso Extraordinário 466.343, nos Recursos Especiais 914.253, 1.497.542, e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, podem ter sido fruto do diálogo entre os tribunais superiores e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Todavia, a questão se torna complexa à medida que decisões nacionais e internacionais se revelam, muita das vezes, díspares, fato que gera insegurança jurídica, além de possibilitar condenações do Brasil pelo descumprimento de tratados. Como exemplo contrastante, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a constitucionalidade da Lei de Anistia, através da decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 153, mas deixou de considerar a jurisprudência da CIDH acerca de casos semelhantes.

Assim sendo, o presente trabalho tem por objetivo geral verificar se o mecanismo do controle de convencionalidade interamericano vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal em casos relacionados aos tratados internacionais de direitos humanos. Já como objetivos específicos busca-se com a pesquisa apresentar a natureza do controle convencional em comparação com o controle de constitucionalidade com o intuito de verificar seu funcionamento e discutir a coexistência de ambos. Da mesma forma, expor- se-á as vantagens do uso do controle de convencionalidade interamericano no Direito brasileiro para a fomentação de um diálogo jurisdicional com a CIDH.

Ao demonstrar o alcance do controle de convencionalidade, espera-se consolidar o *corpus iuris* do sistema interamericano de direitos humanos no âmbito nacional e ao identificar o diálogo entre jurisdições internacionais e regionais, busca-se aperfeiçoar o sistema judiciário brasileiro, especialmente para otimizar a tarefa do magistrado nacional, a partir de um novo paradigma jurisprudencial definido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Outrossim, o Controle de Convencionalidade Interamericano é um mecanismo criado pela CIDH por meio de uma mutação interpretativa do Art. 69 do Pacto de San José da Costa Rica (1969) e foi idealizado

para concretizar os direitos previstos no mesmo. Neste contexto, é necessário observar alguns casos julgados pela CIDH a fim de compreender a origem e o uso do mecanismo, especialmente os seguintes: Olmedo Bustos e Outros Vs. Chile, conhecido como "A Última Tentação de Cristo" (2001), Almonacid Arellano e outros *Vs* Chile (2006), Aguado Alfaro e outros *Vs*. Peru, conhecido como *Trabajadores Cesados Del Congreso* (2006) e Heliodoro Portugal *Vs*. Panamá (2008).

Contudo, nessa perspectiva devem sobressair dois aspectos distintos: o primeiro, que parte da análise de casos sujeitos à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no qual se permite verificar a compatibilidade de leis internas, incluindo até mesmo a Constituição do Estado, cujo parâmetro é a Convenção Americana de Direitos Humanos e, o segundo, a partir da possibilidade das cortes supremas latino-americanas ou seus tribunais examinarem casos à luz dos tratados internacionais acerca de direitos humanos elaborados sob os auspícios dos sistemas regionais e global. Estes são, respectivamente, o controle de convencionalidade concentrado e o difuso.

Como é sabido, uma vez internacionalizado o tratado, deve o Estado adotar medidas para garantir sua efetividade, já que é dever deste garantir mecanismos no plano interno que estejam afinados com as normas internacionais da qual seja signatário, que passam a fazer parte do ordenamento jurídico interno do Estado (GUERRA, 2017, p. 75). No Direito Brasileiro, tal processo foi positivado pela Constituição de 1988 e restaurado pela EC 45/2004, que elevou os tratados internacionais de direitos humanos ao status de Emenda Constitucional (EC), conforme o Art. 5º §3º do texto constitucional (BRASIL, 1988).

Destarte, ao analisar os casos submetidos à Corte IDH, especialmente aqueles relacionados ao Brasil, através da metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se do método dedutivo para fins de abordagem, será possível compreender os meandros do funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, por meio do exame contrastivo, comparar o sistema adotado pelo Supremo Tribunal Federal em casos que envolvam tratados internacionais de direitos humanos.

Não obstante, as principais fontes a serem utilizadas na presente pesquisa serão os tratados internacionais, os princípios do direito, o ordenamento jurídico brasileiro com especial foco à Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), as decisões judiciais domésticas assim como as da Corte IDH, a doutrina especializada e artigos científicos atuais relevantes à temática. A fim de compreender se o Supremo Tribunal Federal aplica o controle de convencionalidade e mantém um diálogo jurisdicional com a CIDH.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE INTERAMERICANO

Por razões econômicas ou geográficas, o mundo se subdivide em várias regiões. Da mesma forma, os direitos humanos também passam a ser objeto do sistema de proteção regional, como ocorre, por exemplo, com o Sistema Interamericano de Proteção e Promoção aos Direitos Humanos, concebido pela Organização dos Estados Americanos (OEA), estabelecida em Bogotá, Colômbia, no ano de 1948, através da assinatura da Carta da OEA por todos os 35 Estados das Américas do Norte, Central e Sul.

> Este é, então, o marco inicial do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Ponto interessante é que a Declaração Americana é considerada o primeiro instrumento internacional de proteção aos direitos humanos, sendo anterior, inclusive, à Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo esta absorvido a maioria do conteúdo daquela (MIRANDA; CUNHA, 2010, p. 25).

Tal organização fora constituída a fim de alcançar, como afirma o Artigo 1º de sua Carta, "uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência" (OEA, 1948) nos Estados que fazem parte dela. Hodiernamente, os 35 Estados Independentes das Américas ainda se congregam na OEA, que tem como princípios basilares a democracia, os direitos humanos, a segurança e o desenvolvimento.

Nesse sentido, a Organização aprovou em 1969 o tratado que originou o maior patrimônio de proteção do Sistema, uma vez que "a Convenção Americana de Direitos Humanos é o único tratado internacional de direitos humanos que estabelece medidas preliminares ou provisórias judicialmente aplicáveis" (CUNHA; MIRANDA, 2010). Ela foi adotada entre os Estados-membros da OEA durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em 22 de novembro de 1969, em San José da Costa Rica. Seu objetivo precípuo foi a consolidação de um regime ideal, fundado nos direitos humanos, de liberdade pessoal e justiça social entre os países americanos, sendo inegável a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Convenção (STF, 2019).

A criação do sistema da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é o principal legado do Pacto de San José da Costa Rica. Estas têm o objetivo de avaliar e julgar violações aos direitos humanos que tenham ocorrido em qualquer país que integre e reconheça

a competência da OEA. Uma vez que na falta de ação correta por parte do governo, o instrumento oferece uma via de extrema importância para as vítimas nesses territórios, cabendo à Comissão avaliar se a situação prosseguirá para julgamento do colegiado internacional (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA, 1969).

Então o Sistema Interamericano de Proteção e Promoção dos Direitos Humanos (SIPDH) é composto por duas entidades, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A primeira está sediada em Washington, DC, e a segunda em San Jose, Costa Rica. Deve-se destacar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos. Sua missão foi publicada junto com a Carta da Organização e a Convenção Americana de Direitos Humanos. De acordo com seu artigo 41, a principal função da Comissão é promover a defesa e o cumprimento dos direitos humanos nas Américas. Ainda:

> Em sua versão atual, exerce a Comissão um duplo papel no Sistema Interamericano, pois é tanto o órgão que recebe as petições individuais e as envia para a Corte Interamericana, quanto o que elabora diversos relatórios acerca da situação dos direitos humanos nos países signatários, tendo suas atribuições descritas no art. 41 da Convenção Americana (MIRANDA; CUNHA, 2010, p. 29).

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judicial autônoma, não constitui um órgão da Organização dos Estados Americanos, mas da própria Convenção (RAMOS, 2001, p. 85). O Art. 33, "b" da Convenção Americana dispõe que a Corte é "competente para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes" (OEA, 1969) e seu Art. 62 reafirma sua obrigação de reconhecer a jurisdição dos tribunais em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação de documentos e todos os tratados internacionais de direitos humanos relacionados com a Organização dos Estados Americanos, conforme estipulado no artigo 64 do PSJCR (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA, 1969).

Portanto, todos os Estados Partes na Convenção Americana têm a obrigação de reconhecer claramente a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH). Esta possui duas funções especiais: a jurisdição consultiva e a contenciosa - resolução de litígios. (MIRANDA; CUNHA, 2010). Foi por meio de casos polêmicos que vinham controlando o direito interno perante a Convenção que o controle de

convencionalidade começou a ser discutido nas Américas. Neste ponto, destaca-se o caso Myrna Mack Chang *Vs.* Guatemala (2003), que no voto do Juiz Sergio García Ramírez inaugurou o uso da expressão 'controle de convencionalidade' na CorteIDH (CAMILO, 2017, p. 26).

No entanto, foi somente em 2006 que a Corte IDH decidiu que os juízes nacionais eram obrigados a aplicar a legislação interna de acordo com o Pacto de San José da Costa Rica, na sentença do caso Almonacid Arellano e Outros *Vs.* Chile.

> A Corte está ciente que os juízes e tribunais nacionais estão sujeitos ao Estado de Direito e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições em vigor no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparelho estatal, também estão sujeitos a ela, o que os obriga a assegurar que os efeitos das disposições da Convenção não sejam diminuídos por a aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas internas aplicáveis em casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa tarefa, o Judiciário deve levar em conta não só o tratado, mas também a interpretação dele feita pela Corte Interamericana, intérprete final da Convenção Americana (CorteIDH, 2006, tradução própria).

Além disso, pode-se afirmar que a CorteIDH já utilizava o controle de convencionalidade antes mesmo de ser citado por ela. Um exemplo disto é o caso Olmedo Bustos e outros *Vs.* Chile, conhecido como o caso 'Última Tentação de Cristo' de 2001, já que a Corte determinou que o país deveria reformar sua constituição por violar o direito à liberdade de expressão e pensamento, que é protegido pelo art. 13 PSJCR (CAMILO, 2017, p. 27). Esclarece-se que uma vez que o tribunal usa o PSJCR como parâmetro de validade das regras domésticas chilenas, esta situação é considerada um controle convencional concentrado.

Em suma, pode ser extraído do caso Almonacid Arellano e outros *Vs.* Chile que o controle realizado pela CorteIDH sofreu uma prorrogação com o fundamento de que os próprios magistrados dos países estariam sujeitos às disposições da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Portanto, o entendimento do colegiado passou a ser que o Controle de Convencionalidade pode ser feito através da compatibilização realizada pelos juízes nacionais, servindo como forma de compensar

o número escasso de casos que são julgados pela CorteIDH e passam pelo controle de convencionalidade concentrado (CAMILO, 2017, p. 27).

Consequentemente, o controle convencional interamericano deve ser levantado como uma questão preliminar em ocorrências concretas, uma vez que qualquer ato jurisdicional é capaz de realizá-lo (FERNANDES, 2014, p. 1229). Ainda, a CorteIDH asseverou novamente o controle de convencionalidade realizado pelos Estados em 2006, na sentença do caso Aguado Alfaro e outros Vs. Peru (2006), onde afirmou que quando um Estado ratifica um tratado internacional como o PSJCR, seus juízes também estão vinculados a ele, fato que os obriga a garantir que o efeito útil do mesmo não seja diminuído ou invalidado pela aplicação de disposições contrárias às suas disposições, objetivo e propósito.

Em outras palavras, o colegiado afirmou que o judiciário deve verificar não apenas a constitucionalidade, mas também a convencionalidade entre as normas internas e o Pacto de San José da Costa Rica (CorteIDH, 2006).

Assim, o controle difuso de convencionalidade - aplicado por todos os juízes nacionais dos Estados membros - nasceu de uma construção jurisprudencial da própria Corte Interamericana, em decorrência de uma mutação interpretativa do Art. 69 do PSJCR, que visa fortalecer o Sistema Interamericano de Proteção e Promoção dos Direitos Humanos. Três aspectos são listados em sua base legal: a boa-fé dos Estados no cumprimento de suas obrigações internacionais; a não redução do princípio do efeito útil dos tratados por normas internas e o Art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) que afirma que a alegação de direito interno para impedir o cumprimento das normas internacionais é impossível (CAMILO, 2017, p. 29).

Em suma, o controle convencional transforma os juízes nacionais em juízes interamericanos que se tornam os verdadeiros guardiões do Pacto de San José da Costa Rica e de outros tratados de jurisprudência da CorteIDH (MAC-GREGOR, 2013, p. 594). Portanto, esse instrumento é muito importante no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, não podendo ser rejeitado sob nenhum pretexto. Portanto, o controle de convencionalidade interamericano é essencial para o pleno funcionamento das instituições judiciais brasileiras, e sua subutilização não apenas viola os direitos humanos, mas também a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE ALIADO AO CONTROLE CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

> A priori, devemos considerar a sentença do caso *Trabajadores Cesados Del Congreso* (2006), em que a CorteIDH exige que os magistrados nacionais com capacidade de implementar o controle constitucional devem realizar o controle duplo *(doble control)*, pois devem adotar o controle convencional aderido ao constitucional (SAGÜÉS, 2010, p. 121). A esse respeito, deve-se observar brevemente como a revisão constitucional é realizada no Brasil para discorrer acerca da abertura do direito interno ao Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH).

O controle constitucional é, em síntese, o mecanismo de revisão entre a Constituições e as demais normas do ordenamento jurídico. Este controle assume várias formas, a legislação brasileira adotou excepcionalmente um critério difuso na Constituição de 1891, que perdurou até a presente Constituição, de 1988. Em suma, na Constituição atual, o controle constitucional adotado é o concentrado acrescido do difuso, ou seja, é exercido pelo judiciário e combina a jurisdição privada do Supremo Tribunal com a jurisdição geral de outras instâncias, uma vez que questões de inconstitucionalidade podem ser levantadas em qualquer julgamento (SILVA, 2017, p. 52 - 54).

Além disso, o estado constitucional contemporâneo se distingue pelo seu movimento cooperativo, ou seja, não existe apenas para si e para seu direito interno, mas cria um modelo para os demais estados que fazem parte da comunidade.

Os procedimentos de implementação democrática, a independência das jurisdições e os mecanismos internos e externos de proteção dos direitos humanos determinam o estabelecimento da cooperação entre os países. Nesse sentido, esse fenômeno se manifesta principalmente em princípios gerais, em particular aqueles relativos aos direitos humanos universais. Há, portanto, uma relação direta entre o conceito de Estado cooperativo constitucional e o tema da proteção dos direitos humanos (MENDES, 2020, p. 1.191 - 1.192).

Deste ponto de vista, o próprio texto da Constituição de 1988 contém disposições sobre um Estado constitucional cooperativo, após sinalizar claramente a vontade de integração supranacional constitucional do país, o que se evidencia pela exegese do parágrafo único do artigo 4º, que afirma

que: "A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações" (BRASIL, 1988).

Como resultado, as Constituições não só oferecem maiores oportunidades para o efetivo cumprimento de suas normas, mas também buscam aproximar o Direito Internacional do Direito Constitucional. Nesse cenário, o controle de convencionalidade passa a ser um tema importante no país, pois além do controle de constitucionalidade, o modelo brasileiro abrange o controle da natureza convencional das leis nacionais, a partir da valorização do estatuto jurídico dos tratados de direitos humanos internacionais às emendas constitucionais (MENDES, 2020, p. 1.192 - 1.195).

Portanto, o exercício do controle de convencionalidade no Brasil não é afastado pelo controle de constitucionalidade, mas sim revalidado por ele uma vez que estes devem ser aplicados em conjunto para a validação das normas domésticas infraconstitucionais em vigor. Finalmente, para que o papel de um juiz seja de fato cumprido este deve compreender tal lógica, pois o duplo controle é um requisito fundamental baseado na hierarquia das fontes materiais do Direito (MAZZUOLI, 2018, p. 51 - 52).

4. O USO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE INTERAMERICANO PELO STF: EFETIVAÇÃO DO DIÁLOGO JURISDICIONAL COM A CIDH

De questões puramente jurídicas a questões políticas, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem atraído muita atenção nos últimos anos. A priori, deve-se destacar que a autoridade principal do tribunal é a de guarda da Constituição, sendo responsável pelo tratamento e julgamento de determinadas ações, violações, litígios e requisitos previstos no artigo 102 da CRFB (1988).

Além de exercer a função de Tribunal Constitucional, o STF também atua como última instância judicial (ou tribunal de recurso) na apreciação de casos de tribunais inferiores, pois tem competência para julgar recursos ordinários e especiais, sem falar do foro é privilegiado, cabendo à Corte a competência para julgar ações penais contra as mais altas autoridades governamentais (BRASIL, 1988).

Portanto, o Supremo Tribunal Federal é uma instituição multifacetada que constitui o mais alto escalão constitucional judiciário brasileiro e, ao longo dos anos, ampliou sua atuação no país na defesa de direitos básicos que outros poderes negligenciaram. Vieira (2008) conceituou esse processo ao introduzir o conceito de *Supremocracia*, que se refere à sobreposição do Tribunal Constitucional perante outros órgãos judiciais - firmada

em 2004 por meio da padronização das súmulas vinculantes com a EC 45 de resumos vinculativos - e exatamente à ampliação do Supremo perante os outros poderes da República (VIEIRA, 2008, p. 444 - 445).

> Sob esta perspectiva, seria adequado afirmar que, se, por um lado, a liberdade com que o Supremo vem resolvendo sobre matérias tão relevantes demonstra a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas duas últimas décadas, contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas. Em um sistema em que os "poderes políticos parecem ter perdido a cerimônia com a Constituição", nada pode parecer mais positivo do que o seu legítimo guardião exercer a sua função precípua de preservá-la. Porém, ainda que isso possa a ser visto como desejável, sabemos todos que esta é uma tarefa cheia de percalços (VIEIRA, 2008, p. 457).

Dessa forma, uma das consequências desse 'comportamento' da instituição se reflete em sua centralidade na questão dos direitos humanos, pois o DIDH ainda é um assunto pouco difundido nas instâncias inferiores do judiciário brasileiro. Por conseguinte, a fim de aproximar o Brasil do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos, acredita-se que o diálogo no âmbito transnacional seja necessário. Como consequência, o entrecruzamento de ideias reforçaria o reconhecimento das decisões proferidas pela CIDH e desempenharia um ponto de apoio para a racionalidade das decisões judiciais tomadas pela Suprema Corte brasileira (OLIVEN; RASGA, 2017, 263).

Assim sendo, seria possível destacar três variáveis do diálogo entre jurisdições: a) o *cross cultural dialogue*, sedimentado através da comunicação entre as jurisdições regionais; b) o diálogo entre as cortes constitucionais e, finalmente, c) o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a CorteIDH. De toda sorte, o mais premente seria a necessidade de fomentar o avanço do diálogo entre jurisdições entre o STF e a CorteIDH a fim de desenvolver o controle de convencionalidade (PIOVESAN, 2013). Muitos fatores possibilitariam o incremento do diálogo, como o crescimento da troca de informações entre cortes nacionais e internacionais e a divulgação rápida dos expedientes pelos seus sites na internet, facilitando o acesso de juízes de instâncias inferiores e de qualquer interessado.

Contudo, na prática, cabe destacar que o STF vem realizando o controle de convencionalidade de maneira tangencial, pois por mais que

existam casos em que o mecanismo foi aplicado, em outros o colegiado parece ignorá-lo. Exemplo disso, é a ADPF 496, que versa sobre a descriminalização do desacato que foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

O autor da ADPF 496 embasou seu pedido no artigo 13 do PSJCR - concernente à liberdade de expressão -, aduzindo que o desacato inibe críticas aos servidores públicos e é abordado genericamente, o que o torna incompatível com o Estado Democrático de Direito. No entanto, o Supremo Tribunal Federal considerou o pedido improcedente, ao afirmar que o direito à liberdade de expressão não é absoluto e que a Convenção e a jurisprudência da CorteIDH não vedam os Estados aderentes de proteger a honra e o funcionamento adequado, de forma proporcional e justificada.

Por outro lado, a questão emblemática da prisão do depositário infiel, julgada pelo STF no Recurso Extraordinário 466.343 é um exemplo claro da proficiência do diálogo entre jurisdições advindo do controle de convencionalidade interamericano, uma vez que tal prisão era permitida pelo artigo 5º, LXVII da Constituição Federal (1988) e proibida pelo artigo. 7, nº 7, do PSJCR (1969). Restou claro do julgamento que tal modalidade de prisão civil por dívida é de fato inconvencional, devendo ser abandonada formalmente na prática brasileira.

Contudo, a ausência de diálogo entre jurisdições, expõe a necessidade de maior utilização do controle de convencionalidade para a efetivação e consolidação dos direitos humanos no Brasil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o que foi analisado inicialmente, é notório que a utilização do controle de convencionalidade ainda é embrionária no Poder Judiciário Brasileiro.

Por se tratar de um movimento recente e que ainda tem muito a amadurecer, são raros os casos de aplicação concreta. Dessa forma, com os aspectos iniciais apresentados, verifica-se que o STF se encontra em uma posição de inovação muito necessária para a ordem jurídica brasileira, mas ainda necessita aprofundar o uso do controle de convencionalidade em seus julgamentos.

Dessa maneira, não restam dúvidas de que o estudioso do direito contemporâneo, independentemente de ser internacionalista ou não, deve ser capaz de compreender o fenômeno do controle de convencionalidade em toda a sua dimensão e alcance. É nesse sentido que se deve

ambicionar a edificação de um diálogo entre jurisdições e a formação jurisprudencial interamericana uniforme em matéria de direitos humanos.

Destarte, a maior utilização do controle de convencionalidade interamericano e observância da Suprema Corte ao mesmo é requisito precípuo para o estabelecimento de um diálogo jurisprudencial produtivo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a plena efetivação da proteção e promoção internacional dos Direitos Humanos no Brasil. Em suma, o controle duplo, através da verificação da constitucionalidade e da convencionalidade, é requisito essencial do constitucionalismo contemporâneo e consequentemente da manutenção do Estado Democrático de Direito.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em 14/03/2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf. Acesso em 14/03/2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em 14/03/2021.

GUERRA, Sidney. Avanços e retrocessos sobre o controle de convencionalidade na ordem jurídica brasileira: uma análise do posicionamento do superior tribunal de justiça. *Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado*. Juiz de Fora, v.2, n. 2, p. 72-91, 2017.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano*. 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira.Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. *In*: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Coord.).

Controle de Convencionalidade: temas aprofundados. Salvador: Editora JusPodivm, 720 p. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1.680 p. 2020.

MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de; CUNHA, José Ricardo. *Poder judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos*: aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010. 133 p.

OLIVEN, L. R. A.; RASGA, M. F. O controle de convencionalidade no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos a partir do diálogo entre jurisdições. *In: VI Encontro Internacional do CONPEDI - Costa Rica. Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção I:* San José. Costa Rica: CONPEDI, 2017, v.1, p. 260-279.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Pacto de San José da Costa Rica*. 1969.

PIOVESAN, Flávia. Diálogo no sistema interamericano de direitos humanos: desafios da reforma. *Revista Campo Jurídico*, n. 1, p. 163-186, mar. 2013.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, Año 8, n. 1. p. 117 - 136. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 936 p. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos.* Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380. Acesso em 20/06/2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV,* São Paulo. p. 441 - 464. 2008.

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO À LUZ DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE NA REMESSA NECESSÁRIA

AGUIAR, Lúcio Frota Pestana de[1]
CANIVELLO, Maria Das Graças Cabral[2]

1 Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professora da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Pesquisadora de Projeto de Extensão da Universidade Estácio de Sá. Vice- Presidente do Fórum Permanente de Pós-humanismo e Defesa dos Animais da EMERJ; Membro do Fórum de Transparência e Probidade Administrativa. E-mail: profluciafrota@gmail.com

2 Pós-Graduanda em Direito das Famílias e Sucessões pela Faculdade Legale; Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA); Certificada pelo Instituto de Direito Real no Curso Prático de Direito das Famílias e Sucessões. E-mail: gracacanivello@gmail.com

RESUMO

O trabalho analisa a obrigatoriedade da remessa necessária por meio da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck. Como a morosidade é a maior adversária da efetiva tutela dos direitos no Brasil, uma crítica normativa será proposta à obrigatoriedade do reexame, demonstrando-a contrária à efetividade. Diante da cooperação processual e dos princípios da tempestividade, da proporcionalidade e da razoabilidade, analisa a ampliação dos poderes do juiz e da atuação das partes no CPC 2015. Aborda o negócio jurídico processual e a autonomia dos envolvidos para negociarem atos processuais. E, finalmente, propõe a flexibilização da remessa necessária, em interpretação sistemática do artigo 496 à luz do artigo 190 do CPC.

Palavras-chave: Código de Processo Civil de 2015; Negócio Jurídico Processual; Hermenêutica; Princípio da Efetividade; Princípio da Economia Processual.

1. INTRODUÇÃO

A busca constante da lei de ritos pela eficácia exige a distinção entre eficácia social e jurídica. Esta última se apresenta como a capacidade e possibilidade da norma jurídica de produção de efeitos.

Nessa lógica, será trabalhada a força normativa de uma flexibilização procedimental em favor da redução de demandas judiciais, com fins de efetividade e economia processual, além de ser demonstrado o uso adequado da Crítica Hermenêutica do Direito como modelo inspirador para um texto legal.

O Direito sempre atrás do fato social mutante precisa, mais que nunca, do oxigênio e fôlego do debate jus-filosófico.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 deve buscar uma aplicação otimizada do artigo 190, definidor do negócio jurídico processual, para alcançar a efetividade jurídica e social do dispositivo legal.

A partir do ingresso do negócio jurídico processual no ordenamento pátrio, inserido na Lei de Ritos, objetiva-se fazer a interpretação de sua vigência, com abordagem qualitativa e propositiva para uma aplicação de modo sistemático no CPC.

Nesse sentido, inicia-se este artigo abordando o significado da crítica hermenêutica, bem como a importância do diálogo como meio de se alcançar o consenso. Na sequência, serão expostos os institutos trazidos pelo novo diploma legal e, por fim, será analisada a importância da aplicação do artigo 190 à Remessa Necessária como modo de alcançar a máxima efetividade da norma.

Aqui, será questionada a remessa necessária, nos termos do artigo 496 do Código de Processo Civil de 2015, e a eficácia da sua aplicação diante das consequências que acabam por fulminar a celeridade processual nas causas contra a Fazenda Pública.

A atual Lei de Ritos promove alternativas cooperativas onde as partes passam a ter maior participação a fim de obter a efetividade do processo. O objetivo de um moderno processo de resultados, com a ampliação dos poderes instrutórios do juiz e das partes, é se chegar rapidamente à pacificação social por meio de procedimentos efetivos.

Será reinterpretado hermeneuticamente o negócio jurídico processual introduzido pelo artigo 190 do Código de Processo Civil. A finalidade do instituto é a de conferir às partes a liberdade de negociação sobre atos do processo e do procedimento, com especial atenção aos temas que tratam de matérias de ordem pública, que nunca admitiram a intervenção das partes.

A proposta de diálogo jurídico-normativo entre dois institutos é inovadora: conversarão, neste trabalho, a remessa necessária e o negócio jurídico processual, intentando a obtenção da modulação daquela, já que nem sempre haverá interesse do próprio Estado em rever a matéria em grau recursal. A meta perseguida é a celeridade nas causas intentadas contra a Fazenda Pública.

A presente investigação basear-se-á em pesquisa bibliográfica, analisando qualitativamente as informações e se utilizando do método comparativo.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A Crítica Hermenêutica do Direito e a razoável duração do processo

A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) é uma teoria de Lenio Streck, que busca articular filosoficamente o Direito com as questões sociais. A crítica vem como elemento central da revisão com recuo filosófico-social da dogmática normativa desafiando ideias assentadas no senso comum.

Com base na hermenêutica de Heidegger e Gadamer, a CHD é também um método de pensamento que propõe ao estudioso da norma jurídica uma intersubjetividade. Desse modo, podemos ver que a hermenêutica se insere na dialogicidade. Isto coloca a CHD diretamente contra a concepção filosófica chamada solipsismo.

Buscando a origem do conceito solipsista, como ensina Lenio Streck, vem do latim *solus* (sozinho) e *ipse* (mesmo) e pode ser entendido como a submissão do mundo e do conhecimento à consciência do sujeito, que assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. Assim, o solipsismo é a radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo, chegando-se ao juiz e seu poder enquanto órgão do Poder Judiciário.

Para se repensar o instituto jurídico da remessa necessária, que já sofreu diversas alterações, passando até a ser alvo de exclusão normativa, nada mais adequado e oportuno que a CHD que, por sua vez, permite uma reflexão social e filosófica do papel normativo da própria lei codificada. Assim, a ousadia de se propor um diálogo normativo com um novo instituto, o negócio jurídico processual, que ainda goza de tenra idade, tendo nascido em 18 de março de 2016 quando o CPC de 2015 entrou em vigor, faz-se necessária uma forte base doutrinária que defenda tal diálogo à luz da própria filosofia que a sustenta.

A CHD repete o lema de Gadamer, reproduzido por Streck, que diz que "quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa" (GADAMER, 2012, p. 358).

Nessa medida, as leis precisam ser ouvidas com as condições para o diálogo que precisam ter sobretudo entre si mesmas! Se a hermenêutica é mais do que interpretação de textos, ela alcança todo lugar em que se da compreensão, impondo a revisão dos procedimentos monológicos que marcaram o processo judicial.

Ensinam Streck, Delfino e Ferreira Lopes (2017) que há algumas tarefas que uma crítica hermenêutica do processo judicial impõe:

> i) criticar a deformação do processo judicial pelos métodos das Ciências Naturais, pensados originalmente para que um sujeito domine um determinado objeto; ii) propor formas dialógicas de concretização do Direito, que favoreçam seu controle pela comunidade de intérpretes; iii) vigiar para que essas formas jurídicas não caiam na ilusão de um novo método absoluto de se alcançar a verdade (Streck, Delfino, Ferreira Lopes, 2017, p.9).

Aqui, utilizaremos as duas primeiras. Uma é crítica ao processo apenas como método, quando ele precisa ser muito mais que as duas facetas perigosas do processo como método, e é formalista, apostando em várias etapas procedimentais marcadas pela ordinariedade, pelo rito unificado, pela cognição ampla e exauriente, com possibilidade de tematizar questões laterais no mesmo processo, para declarar o direito preexistente. A segunda é instrumentalista, pautada na criatividade do juiz para flexibilizar o procedimento, constituir o Direito e atingir seus resultados. A primeira lembra a epistemologia de um cientista; a segunda, a técnica de um artesão. Ambas parecem esquecer a virtude prudencial que orienta o jurista. Ambas são estruturadas de maneira monológica, em que um sujeito solitário descobre/cria seu objeto.

Para se chegar ao processo efetivo é preciso, inexoravelmente, da segunda proposta streckiana, que, por sua vez, bebe na fonte de Jürgen Habermas.

> ii) Proposta: formas jurídicas dialógicas – sob a advertência de Gadamer, de não se poder construir procedimentos a partir da hermenêutica filosófica (GADAMER, 2012). Ela é, antes de tudo, aquilo que nos acontece, a própria estrutura profunda comum à compreensão, atravessando todas as hermenêuticas especiais que se desenvolveram em várias áreas. (Streck, Delfino, Ferreira Lopes, 2017, p.10).

O Direito efetivo é um fenômeno complexo, que combina uma série de questões. E a CHD não é só a hermenêutica filosófica gadameriana, pois, a partir dela, firmou-se como Teoria do Direito, após uma interlocução vibrante com a Teoria do Discurso habermasiana onde conseguimos, enfim, a reconstrução do processo judicial como método dialógico (HABERMAS, 1997).

O atual Código do Processo Civil reforçou os princípios constitucionais entre os seus dez primeiros artigos, onde estão a razoabilidade e a proporcionalidade, a razoável duração do processo e a cooperação no processo. Além disso, proporcionou às partes a chance de negociação prévia dos procedimentos com vista à efetividade ao processo. Nesse sentido, os princípios constitucionais posicionados no iniciar da Lei de Ritos figuram como pilares na interpretação e aplicação normativa. Enquanto, as regras se mostram inflexíveis, apresentando-se como mandamentos rígidos, os princípios, por sua abrangência, dão maior maleabilidade à leitura das normas.

O processo civil brasileiro, cujo modelo é estabelecido pela Constituição Federal e chamado de modelo constitucional de processo civil (CUNHA, 2018), tem como base um conjunto de princípios constitucionais que visam não só disciplinar o processo como, também, ofertar um arcabouço de regras e conceitos a serem seguidos de forma a viabilizar a prestação jurisdicional, sob o propósito do alcance da máxima efetividade ao final do percurso processual.

O princípio da razoável duração do processo está positivado no art. 5º, LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), como norma inserida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (BRASIL, 2004). Tal comando implica na proteção judicial efetiva, em tempo hábil para o processo ser efetivo, justo e eficaz. Theodoro Júnior esclarece:

> O novo CPC, por seu turno, prevê que essa garantia de duração razoável do processo aplica-se ao tempo de obtenção da solução integral do mérito, que compreende não apenas o prazo para pronunciamento da sentença, mas também para a ultimação da atividade satisfativa. É que condenação sem execução não dispensa à parte a tutela jurisdicional a que tem direito. A função jurisdicional compreende, pois, tanto a certificação do direito da parte, como sua efetiva realização. Tudo isso deve ocorrer dentro de um prazo que seja razoável, segundo as necessidades do caso concreto. Quanto ao gerenciamento das medidas que assegurem a conclusão do processo, deve compreender todas as providências tendentes a evitar

> diligências inúteis e promover as simplificações rituais permitidas pela lei, sem comprometimento do contraditório e ampla defesa, assim como as que reprimem a conduta desleal e temerária da parte que embaraça o normal encaminhamento do processo em direção à composição do conflito (THEODORO JÚNIOR, 2018, p.104).

Em observação ao princípio da razoável duração do processo, é preciso se filtrar a utilização de procedimentos meramente protelatórios em benefício da efetividade. Por consequência, surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que exigem a interpretação de todo o ordenamento jurídico para o alcance do direito efetivo.

Há debates acalorados sobre a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade, porém, sem entrar no mérito de cada uma das discussões, é inegável que tais postulados merecem seu lugar de destaque no debate jurídico.

Para Marinoni (2016), destacam-se os princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade, tanto na aplicação quanto na interpretação do direito, cuja vinculação visa evitar que o processo venha a se tornar indomável do ponto de vista intersubjetivo.

É comum na doutrina a conceituação destes relevantes postulados de modo conjunto como "um só princípio". Isto posto, demonstra-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade também são evidentemente complementares.

Por outro lado, cumpre observar que o STF tem dado aplicação ao princípio da razoabilidade em reiteradas decisões em sede de controle de constitucionalidade das leis utilizando a proporcionalidade como parâmetro nas suas análises. Nesse sentido, com base nesta interpretação dos julgados do STF, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2017), são um princípio só e, por isso, tratados por eles como tal.

Já pensa diversamente Luiz Guilherme Marinoni (2016) que afirma ser a razoabilidade promotora da adequação da norma geral a um caso concreto específico. E, como tal, exige um dever de equidade do intérprete, vinculando a aplicação da norma à observação das particularidades e suas necessidades.

Historicamente, a razoabilidade se originou no direito anglo-saxônico, enquanto o princípio da proporcionalidade baseia-se no direito alemão a partir de três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Sob esse prisma, o magistrado é o executor desses princípios, aplicando-os aos poderes conferidos a ele pelo Estado na busca da justeza na decisão.

2.2. Os poderes ampliados do juiz

A ampliação dos poderes instrutórios do juiz proposta no CPC de 2015 visa a melhor resolução dos conflitos. A atuação do julgador sempre manterá a imparcialidade garantida aos jurisdicionados sob o manto dos princípios constitucionais e do Estado Democrático de Direito.

Alexandre Câmara (2019) pondera sobre um menor protagonismo do juiz, já que este não é a figura central, mas que, na verdade, todos os sujeitos participantes têm a mesma relevância, construindo a relação processual e o seu resultado.

Deste modo, importa considerar que os poderes conferidos ao juiz, já ampliados pelo CPC de 2015, buscam equilibrar todas as relações levadas à juízo. E por que não também àquelas onde o Estado esteja presente?

É certo que a cooperação entre as partes, na busca pela tutela jurisdicional justa, garantirá ao processo não apenas um instrumento de proteção do direito público, mas, também, o respeito aos interesses dos particulares, que, ao fim e ao cabo, são integrantes do mesmo bem coletivo.

2.3. O reexame obrigatório limitando os poderes instrutórios

Os autores Mauro Cappelleti e Bryant Garth (1988, p.15) afirmam que "a efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa igualdade de armas [...]", muito embora, a uma observação mais atenta, a obrigatoriedade do reexame pareça, sobretudo, zelar por privilégios verdadeiramente contestáveis em sacrifício das garantias da parte adversa.

Importa ilustrar que o instituto da remessa necessária, previsto no artigo 496 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), foi muito criticado, já tendo passado pelo CPC de 1939 e pelo CPC de 1973, neste, em seu artigo 475, reformado pela Lei nº 10.352 de 2001.

Ressalte-se que o parágrafo 1º do artigo 496 do CPC dispõe que só haverá remessa dos autos se não houver apelação (BRASIL, 2015). Dessa forma, mesmo que não haja interesse do ente público em interpor recurso, e mesmo no caso de perda do prazo, a inércia não obstará o envio da remessa (CÂMARA, 2016), o que é um atraso sem sentido. Embora ao juiz tenham sido ampliados os poderes no atual diploma pelo artigo 139 (BRASIL, 2015), no caso da remessa, a atuação do magistrado se limita à

obrigatoriedade do reexame, independentemente de avaliação apropriada da situação ou do interesse das partes, prejudicando, portanto, o diálogo interpretativo que deve existir como interpretação sistemática necessária.

A apreciação pelo tribunal superior é condição para a produção dos efeitos da sentença, visto que, não havendo o reexame em sede de segundo grau, a decisão não transitará em julgado.

Determinada a remessa, seu efeito será suspensivo, obstando a produção dos efeitos da sentença. Se inerte o juiz, as partes podem requerer o seu envio, não havendo preclusão à determinação da remessa. Poderá, também, o presidente do tribunal avocar os autos.

Assim sendo, o instituto prejudica o tempo razoável do processo quando inexiste um prazo determinado para o prosseguimento do feito, uma vez que retira do juiz qualquer possibilidade de promover a composição entre as partes mesmo que seja o desejo de ambas. E, como agravante, a lei não demarca tempo para o envio ao segundo grau, o que obsta o trânsito em julgado e aumenta ainda mais o tempo do processo.

Conclui-se, portanto, que o reexame obrigatório limita os poderes instrutórios do juiz, prejudicando a razoável duração do processo e desprestigiando a autocomposição promovida pelo CPC e concretizada no instituto do negócio jurídico processual.

2.4. A razão dialógica no negócio jurídico processual

O Código de Processo Civil de 2015 adotou o diálogo e a composição entre as partes sobre os atos processuais, por meio do instituto do negócio jurídico processual, previsto no artigo 190, em ações que versem sobre direitos que admitam a autocomposição (Lei 13.105 de 16 de março de 2015).

Este novo instrumento visa dar às partes maior liberdade para que componham, de acordo com os próprios interesses, prazos peremptórios, ritos e, até mesmo, matérias de ordem pública. Essa possibilidade era inimaginável até pouco tempo atrás, visto tratar- se de atos que não admitiam flexibilização por negociação entre as partes.

Sempre mediante a homologação do julgador, tal medida objetivou maior efetividade à concretização do direito material, democratizando o processo a partir da concessão de maior autonomia aos litigantes. O Código de Processo Civil não é um instrumento exclusivo do juiz, do advogado ou da parte, mas público. E, para que isso ocorra com efetividade, facultou às partes o diálogo prévio sobre seus procedimentos.

O dispositivo alavanca a forma consensual de resolução dos conflitos, possibilitando que os litigantes modifiquem prazos, convencionem

a não produção de prova testemunhal ou pericial e estabeleçam calendário conforme artigo 191, vinculando não só os litigantes como o juiz.

Theodoro Júnior (2018) discorre que o negócio jurídico mantém os poderes do juiz, não sendo permitido às partes vetar o controle de pressupostos processuais e de condições da ação, ou qualquer atribuição inerente à função do magistrado:

> [...] não é dado às partes, por exemplo, vetar a iniciativa de prova do juiz, ou o controle dos pressupostos processuais e das condições da ação, e nem qualquer outra atribuição que envolva matéria de ordem pública inerente à função judicante. (THEODORO JÚNIOR, 2018, p.488).

No artigo 190 do CPC, prevalece a autonomia da vontade das partes, preservada a atuação do julgador. Impõe-se conferir, não só aos particulares, mas também à Fazenda Pública, a chance de interferirem no rito do processo, por opção própria, sempre que não houver prejuízo dos procedimentos necessários. Nesse sentido, o texto do enunciado 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (EPPC, 2017), ***a Fazenda Pública pode celebrar negócios processuais***. (FLORIANÓPOLIS, 2017, p. 7).

Scarpinella (2018) pondera que a cooperação persegue a paz social e se compõe de deveres não apenas para as partes, mas também para o juiz, e afirma que "a cooperação prevista no dispositivo em comento deve ser praticada por todos os sujeitos do processo. [...]; [...] na viabilidade genérica de realização de "negócio processuais" (art. 190) [...] (BUENO, 2018, p.108).

Idêntica reflexão merece ser feita quanto à amplitude da capacidade da Fazenda Pública diante dos negócios processuais. Embora já seja possível a autocomposição entre o ente público e o particular, a possibilidade está restrita a algumas situações como, por exemplo, a forma de intimação.

Cunha nos ensina que "[...] Por isso, a Fazenda Pública pode celebrar com a parte contrária um negócio jurídico processual, a fim de estabelecer outra forma de intimação pessoal, que se realize por oficial de justiça ou por via postal ou por outro meio que venha a ser acordado" (CUNHA, 2018, p.59).

Há sim possibilidades de negociação processual no âmbito da Administração Pública para com o particular e o propósito não poderia ser melhor: evitar que as demandas se perpetuem no tempo, a exemplo as que têm duração maior que uma década. Diante do CPC de 2015, fortalecendo

as diversas formas de composição dos conflitos, faz-se necessário também o reforço do novo instituto do "negócio jurídico processual", ampliando o seu campo de atuação para abranger a Administração Pública,como parte que é em grande número de ações.

É público e notório que litígios contra a Fazenda, em geral, se arrastam por longos anos, resultando em falência ou insolvência da parte adversa. E isto o é ocasionado, justamente em muito, pela obrigatoriedade do reexame.

Logo, restaria menos oneroso aos particulares contratar com o Estado sabendo que um provável litígio não estaria, desde logo, fadado a um tempo deveras prolongado e, em regra, em seu desfavor, e que haveria uma possibilidade de ser promovido acordo no caso de conflito.

3. CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu demonstrar a ampliação do negócio jurídico processual à remessa necessária, de forma a dar maior eficácia ao instituto. Considerando os artigos 190 e 496 do CPC, e a análise dialógica da eficácia reprimida das normas, propôs-se a aplicação sistemática do artigo 190 ao artigo 496 do CPC.

Conclui-se que a reflexão crítica com o uso da hermenêutica é o veículo que faltava a um ideal aproveitamento da norma legal. O pensamento crítico normativo precisa ser construído a partir de sólidos trabalhos de interpretação do Direito, com o fim de alcançar a concretização de uma sociedade pós-convencional apta a dialogar com suas próprias regras instrumentais inseridas dentro do processo.

O negócio jurídico processual introduzido pelo art. 190 do CPC avaliza o direito fundamental à liberdade de atuação das partes no processo dialético, mas a Lei de Ritos não expõe a aplicação máxima deste instrumento, que certamente traria reflexos positivos na celeridade e economia processuais.

Os negócios jurídicos processuais trazem a força da eficácia normativa por inciativa das partes, através da manifestação expressa de suas vontades, não se limitando a viabilidade da homologação judicial, salvo nos casos expressos de incapacidade, vulnerabilidade e demais expressas no artigo de lei.

Por força constitucional do próprio Estado Democrático de Direito, a colaboração não é uma colaboração apenas entre as partes, mas sim uma colaboração das partes para com o órgão jurisdicional na busca da efetividade.

É indiscutível que as demandas contra a Fazenda Pública põem à prova não só a perseverança dos particulares como a sua própria subsistência. Um processo desse tipo pode levar mais de uma década sem que haja qualquer decisão em segundo grau, não sendo incomum que, antes da sentença, o particular já tenha se tornado insolvente ou falido. E o particular tem vida útil, seja pessoa física ou jurídica, enquanto o Estado é figura infinita.

A proposta é o uso do negócio jurídico processual como diálogo das partes, mitigando a austera obrigatoriedade da remessa necessária, ao invés de sua aplicação imediata, que pode, por vezes, nem refletir a real intenção do ente público.

Isoladamente, o reexame obrigatório burocratiza o processo e compromete a efetividade processual ao contrariar toda a principiológica de celeridade procedimental do CPC de 2015.

O diálogo do negócio jurídico aplicado à remessa necessária é claramente o meio mais coerente com a *mens legis* do CPC de 2015, onde o saneamento cooperativo e a estabilidade da tutela provisória já evidenciam o espírito ousado do diploma legal.

O envio automático do processo ao segundo grau, que é o que ocorre mesmo quando não há interesse do próprio Estado em recorrer da decisão exarada, indica claramente ser o maior inimigo da paz social em tempo razoável. Ampliar a abrangência do instituto por meio de uma crítica hermenêutica demonstra-se a peça que faltava para garantir a razão dialógica à eficácia desejada há tanto tempo e nunca alcançada.

Os interesses da Fazenda Pública preservados e a autocomposição garantida, junto com os poderes ampliados do juiz e das partes, tornará apropriada, sempre sob a análise prévia do magistrado, a flexibilização da remessa necessária, proporcionando a possibilidade real de desfecho célere ao processo.

Baseando-se no princípio processual constitucional do direito ao tempo razoável do processo, o negócio jurídico processual aplicado à remessa necessária se demonstrará o instrumento democrático oportuno à flexibilização procedimental conduzida pelo magistrado, que modulará a celeridade ideal valendo-se dos poderes ampliados no CPC de 2015, sobretudo, elevando o nível do debate jurídico-científico.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

_____. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004. *Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 14 fev. 2021.

_____. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. *Código de Processo Civil,* Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 fev. 2021.

_____. DECRETO-LEI Nº 1.608, DE 18 DE SETEMBRO DE 1939. *Código de Processo Civil*, Brasília, DF, set. 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

_____. LEI N o 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. *Institui o Código de Processo Civil*, Brasília, DF, jan. 1973, Art. 5º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

_____. LEI No 10.352, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2001. *Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário*, Brasília, DF, dez. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10352.htm. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. *Dispõe sobre a arbitragem*, Brasília, DF, set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. LEI Nº 13.129, DE 26 DE MAIO DE 2015. *Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de*

setembro de 1996, Brasília, DF, mai. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015- 2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 18 fev. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

CAPPELLETI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 15. ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil - v. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

FLORIANÓPOLIS. *Enunciado nº 256, de 29 de março de 2019*. VIII Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Enunciado 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, Florianópolis: FPPC, p. 7, 2017. Disponível em: http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/CartadeFlorian%C3%B3polis.pdf. Acesso em: 18 fev. 2021.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. Hans-Georg Gadamer. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.* Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Anotações sobre a nova fase da reforma do CPC – âmbito recursal*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). São Paulo: RT, 2001.

HAACK, Susan. *Justice, Truth and Proof: not so simple after all*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 25, n. 99, p. 15-41, jul./set. 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vols. I e II. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *O que é isto – a filosofia? Identidade e diferença*. São Paulo: Duas cidades, 1971.

_____. Martin Heidegger. *Ser e Tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1* / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2016.

PAULO, Vicente, 1968. *Direito Constitucional descomplicado*. 16. ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; *O processo judicial visto pela crítica hermenêutica do Direito* - Lenio Luiz Streck; Lúcio Delfino; Ziel Ferreira Lopes. R. Bras. Dir. Proc. – RBDPro - Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 213-228, out./dez. 2017 p. 213-227. Disponível em: http://www.luciodelfino.com.br/enviados/201712139153.pdf. Data de acesso: 26 mar. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum* – vol. I. 56. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO FORMA DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

BESSA, Ana Carolina[1]
MOTTA, Cesar[2]

1 Pós-Graduada em Processo Civil pela Universidade Candido Mendes (UCAM), Pós-Graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e especialista em Planejamento Tributário pelo Instituto Brasileiro de Mercados de Capitais (IBMEC), e- mail: anacarolinabessaadv@gmail.com.

2 Mestre em Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá (UNESA), vinculado ao Grupo de Pesquisa Solução coletiva de conflitos, e-mail: cesarmmotta@hotmail.com.

RESUMO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, instrumento introduzido no direito brasileiro pela Lei nº 13.105/15, Código de Processo Civil, possui inspiração no direito alemão, bem como tem por objetivo atenuar a demanda do Poder Judiciário. O referido instituto visa garantir a isonomia e a segurança jurídica por meio de mecanismos de padronização decisória. No presente trabalho, buscar-se analisar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o cenário em que foi instaurado, os aspectos procedimentais e o incidente como ferramenta de garantia de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Garantia. Lei nº 13.105/15. Código de Processo Civil. Direitos Fundamentais. Princípios da Isonomia e Segurança Jurídica. Poder Judiciário.

1. INTRODUÇÃO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas está previsto nos artigos 976 a 987, do Código de Processo Civil, bem como enquadra-se como mecanismo de resolução das demandas repetitivas com origem comum.

Trata-se de um instrumento jurídico que confere o entendimento uniforme acerca de determinada questão de direito.

Com base no artigo 976, do Código de Processo Civil, havendo simultaneamente risco à isonomia e à segurança jurídica em razão da efetiva repetição de processos, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pode ser suscitado junto ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Regional Federal, com o intuito de que a tese jurídica firmada seja aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição da respectiva corte.

Nesse sentido, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas preconiza a duração razoável do processo com a redução da sobrecarga do Poder Judiciário e a busca de tratamento isonômico de processos que versam sobre a mesma matéria, gerando, assim, segurança jurídica. Considerando que tais princípios são basilares para o Estado Democrático de Direito, a inserção do incidente no ordenamento brasileiro é, sem dúvidas, uma forma de garantir Direitos Fundamentais.

Isso porque, resta crescente o número de demandas que repetem situações pessoais idênticas, acarretando a tramitação de um número grande de ações coincidentes, com desfechos, muitas vezes, diferentes.

Em outras palavras, as demandas repetitivas ou seriais constituem uma anomalia no sistema processual, na medida em que igual ponto é analisado inúmeras vezes pelo Poder Judiciário e, apesar de técnicas já inseridas no sistema processual brasileiro, não foram suficientemente capazes de resolver as questões referentes a quantidade de ações que surgem nos Tribunais brasileiros.

Diante disso, o objeto do presente estudo é justamente o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como mecanismo destinado a assegurar não só que casos iguais recebam tratamentos equivalentes, mas também proteção ao Estado Democrático de Direito.

2. METODOLOGIA

A pesquisa do presente trabalho é exploratória, na medida em que apresenta o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas sob a ótica do Código de Processo Civil em confronto com a sua prática nos Tribunais brasileiros.

Pela opção dedutiva, a análise demonstra o aludido diploma legal, que instaurou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, bem como o resultado prático do referido instituto em um caso concreto.

Como ferramenta, então, o artigo foi elaborado com base na bibliografia pertinente e nos atos processuais públicos que abrangem o tema.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

O debate sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas finca-se na garantia dos direitos fundamentais e na promoção de julgamento em observância aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como a problemática que envolve a instauração do instituto previsto nos artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil, qual seja, o sobrecarregado Poder Judiciário.

Nesse sentido, o objetivo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é a unificação de decisões sobre questões unicamente de direito, no âmbito do mesmo Tribunal e, eventualmente, estendendo-se os efeitos dessa unificação a todo o território nacional.

Os requisitos legais indicados para a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas são a efetiva repetição de processos, que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Nesse aspecto, um ponto interessante é que a instauração do incidente permite o amplo acesso à justiça, tendo em vista que, não só atende ao interesse público de uniformidade jurisprudencial, bem como independe do recolhimento de custas.

Outra questão, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não pode ser instaurado de forma preventiva visando sanar situações de potencial ou iminente multiplicação de processos, que versem sobre o mesmo tema de direito.

Sendo necessária, então, a existência de repetição de processos em curso contendo a mesma controvérsia de direito para justificar a sua instauração.

Nesse ponto, indaga-se, qual o número mínimo de demandas repetitivas para que justifique a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas?

O Código de Processo Civil não fixou número mínimo de demandas repetidas para a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, logo, o exame ocorrerá por cada Tribunal, de acordo com a respectiva realidade judiciária.

Acerca das demandas repetitivas, resta essencial que tratem de questões idênticas de direito, material ou processual, ou seja, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não se presta as questões de fato.

Em outras palavras, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é o mecanismo destinado a assegurar que casos idênticos obtenham resultados iguais.

De acordo com o Código de Processo Civil, a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, tendo em vista que o Ministério Público deverá, obrigatoriamente, intervir e assumir a titularidade nesses casos.

Ainda com base na legislação, na hipótese de inadmissão Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade, uma vez satisfeito o requisito, o incidente poderá ser novamente suscitado.

No mais, incabível o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas quando um dos Tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. Com relação ao pedido do aludido incidente, o Código de Processo Civil determina que seja dirigido ao presidente de Tribunal pelo juiz ou relator, por ofício, pelas partes, por petição, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

Já o seu julgamento, caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do Tribunal.

Sendo que, o órgão colegiado incumbido de julgar o referido incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo que originou o incidente.

Sobre a instauração e o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, vale ressaltar o princípio da publicidade, considerando a divulgação, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

O prazo de julgamento será de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. Superado o referido prazo, cessará a suspensão dos processos, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

Em continuidade, admitido o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso, bem como poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo discute-se o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias e, igualmente, intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

Inclusive, a suspensão deverá ser comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes e, durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência será dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

Sob a ótica da garantia do acesso à justiça, qualquer legitimado (juiz, relator, partes, Ministério Público ou Defensoria Pública) poderá requerer ao Tribunal competente o conhecimento do recurso extraordinário ou especial e a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

Em respeito ao princípio da segurança jurídica, independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual discute-se a mesma questão objeto do incidente poderá requerer a inadmissão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Uma vez instaurado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, o Ministério Público, no mesmo prazo.

Nesse sentido, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria e, uma vez concluídas as diligências, o solicitará dia para o julgamento do incidente.

Acerca do julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, enfim, o Código de Processo Civil prevê que o relator fará a exposição do objeto do incidente e poderão sustentar suas razões, sucessivamente: o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos; os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência, podendo ser ampliado, conforme número de inscritos.

Assim, o acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

Por fim, julgado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo Tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos Juizados Especiais do respectivo Estado ou região, aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do Tribunal, salvo revisão da tese jurídica firmada (que será por requerimento).

Na hipótese de inobservância a tese adotada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, caberá reclamação.

Diante do que dispõe o Código de Processo Civil sobre o referido instituto, desde a sua entrada em vigor até 2018, foram submetidos ao exame de admissibilidade 677 (seiscentos e setenta e sete) incidentes nos Tribunais Estaduais e Tribunais Regionais Federais, com base no último estudo realizado pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, no Observatório Brasileiro de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas:

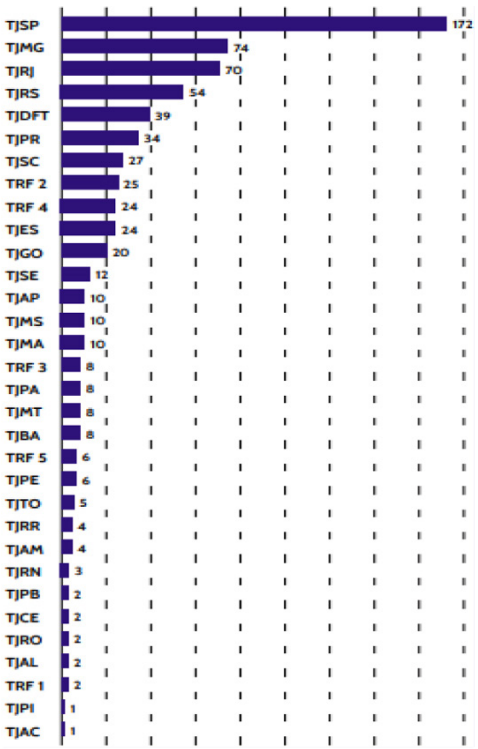


Figura 1 - Fonte Observatório Brasileiro de IRDRs

Dúvidas não persistem sobre a intenção do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em contribuir com a celeridade da prestação jurisdicional é imensa, visto que privilegia a segurança jurídica, a isonomia, a publicidade, o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa.

Entretanto, vale destacar o risco da instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas sem a devida cautela, qual seja, a suspensão indevida de algum processo, quando não discutida tese jurídica idêntica ao processo paradigma.

Para melhor ilustrar, por amostragem, destaca-se o Mandado de Segurança nº 10000756-16.2017.4.01.3400, que tramitou perante a 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF.

No caso, o magistrado federal substituto suscitou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, nos termos do art. 976, inciso I, do Código de Processo Civil.

Segundo o suscitante, havia repetição de processos com decisões divergentes naquela Seção Judiciária acerca da impossibilidade de auditores fiscais/conselheiros participarem de julgamento de recursos administrativos no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais em virtude do recebimento do "bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira", instituído pela Medida Provisória nº 765/2016:

Nos termos da aludida Ministério Público, foram instituídos o Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil e o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, com o objetivo de incrementar a produtividade nas áreas de atuação dos ocupantes dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil.

Nesse contexto, o valor global do bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira seria definido pelo Índice de Eficiência Institucional, mensurado por meio de indicadores de desempenho e metas estabelecidos nos objetivos ou no planejamento estratégico da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Assim, a base de cálculo do valor global do tal bônus seria composta pelo valor total arrecadado pelas seguintes fontes integrantes do Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.437/1975.

Nos fundamentos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, foram constatados em quase todas as Varas Federais da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF, 1ª, 2ª, 3ª, 5ª, 6ª, 7ª, 9ª, 13ª, 15ª, 16ª, 20ª e

22ª, tiveram inúmeros decisões divergentes acerca da mencionada questão de direito em diversos Mandados de Segurança.

Em termos de valor, o montante envolvido nas aludidas demandas engloba o valor total de R$ 8.540.427.288,68 (oito bilhões e quinhentos e quarenta milhões e quatrocentos e vinte e sete mil e duzentos e oitenta e oito reais e sessenta e oito centavos).

Imagine, então, se os casos afetados não fossem de fato idênticos ao paradigma. Grifa-se, o flagrante desserviço com a suspensão de vários processos contribuindo ainda mais para a morosidade do Poder Judiciário.

No caso do Mandado de Segurança nº 10000756-16.2017.4.01.3400 destacado, resta indiscutível a presença dos requisitos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Visto que, além do volume de processos envolvendo a mesma questão de direito, o fato é que essa discussão possui o condão de gerar incalculáveis prejuízos ao erário, na medida em que a tese possui o efeito de, por exemplo, paralisar todo o contencioso tributário perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Outrossim, a tese em questão também pode ser facilmente utilizada para paralisação de processos ainda na primeira instância administrativa em todo país, bem como sustar o contencioso tributário estadual, visto que o modelo assemelhado em vigor na esfera federal funciona em vários Estados da Federação, como Bahia/BA, Ceará/CE, Pernambuco/PE, Rio Grande do Sul/RS e São Paulo/SP.

Dessa forma, a questão do impedimento/suspeição de conselheiros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais em virtude do recebimento de bônus de eficiência, como discutido nos autos do Mandado de Segurança nº 10000756- 16.2017.4.01.3400, é matéria de suma relevância, já repetitiva em vários juízos federais, e com potencial multiplicador imensurável.

Por óbvio, a matéria objeto do presente incidente é de repercussão imensa, tanto é que se verifica em veículos de imprensa a proliferação de publicações sobre o tema, o que só reforça p efeito multiplicador da demanda.

Inclusive, ainda sob o manto do princípio da publicidade, a celeuma destacada é tão importante, que foi veiculada na versão eletrônica do periódico Estadão, em 21.02.2017, considerando a repercussão social e econômica dessas decisões judiciais pelas vultosas cifras envolvidas, colocando absolutamente tudo sob questionamento e paralisando gradativamente a Administração Tributária Federal.

Conforme comprovado, os casos a serem submetidos ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas devem ser analisados com muito

cuidado, visto que, se sob um aspecto a ferramenta instituída pelo Código de Processo Civil contribui para a celeridade da prestação jurisdicional, privilegia a segurança jurídica, a isonomia, a publicidade, o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, por outra perspectiva, pode acarretar suspensões de casos não tão idênticos e danos diversos, não só para os envolvidos naquele determinado litígio, como também para todos os cidadãos.

Em linhas gerais, sendo a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas cuidadosa, a relevância social e os efeitos práticos positivos são evidentes.

Na medida em que, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é um instrumento aplicável à litigiosidade de massa que busca potencializar o resultado dos julgamentos dos processos repetitivos.

Considerando que foi incorporado no direito brasileiro para amenizar o caos no Poder Judiciário e para proteger o Estado Democrático de Direito, a fiel observância aos princípios constitucionais em conjunto com o correto manejo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, sem dúvidas, garantirá benefícios a médio e longo prazo.

Em suma, dúvidas não restam que o Código de Processo Civil foi muito assertivo positivamente ao introduzir tal mecanismo no ordenamento jurídico.

Todavia, igualmente indiscutível que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas deve ser estabelecido de forma contundente, sob pena de retardar ainda mais o curso dos processos, dado o risco de a solução transformar-se em entrave, o chamado mais do mesmo.

Logo, em conjunto com a importância do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, deve ser destacada, principalmente, a relevância do que se pretende combater, qual seja, um Poder Judiciário moroso.

Portanto, o referido incidente deve ser avaliado com diligência e não pode servir de contribuição para os dados alarmantes que envolvem a delonga do Poder Judiciário, considerando que, a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi motivada pela premissa do acerto.

4. CONCLUSÕES

Conforme amplamente exposto, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi introduzido no direito brasileiro não só na tentativa de resolução da problemática enfrentada pelo Poder Judiciário, mas também a proteção ao Estado Democrático de Direito, posto que privilegia os princípios da isonomia, da segurança jurídica e da razoável duração do processo.

Nesse contexto, o presente estudo trouxe à baila a realidade do Judiciário brasileiro, a importância do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no Código de Processo Civil, na qualidade de instrumento que possibilita condições mínimas para a manutenção da efetividade jurisdicional, bem como a sua efetividade prática em caso concreto nos Tribunais.

Inicialmente, o artigo demonstrou que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, assim como outras ferramentas, busca padronizar soluções de conflitos, apesar de novo mecanismo processual de gestão de questões repetitivas.

O que significa dizer, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi uma forma de responder a diversos entraves das questões repetitivas nos Tribunais brasileiros, pois mesmo havendo a possibilidade de serem ajuizadas outros tipos de ações, como as coletivas, as demandas repetitivas ainda persistem e multiplicam-se dia após dia.

Embora haja outras possibilidades, diversas questões de massa ainda são trazidas em ações individuais e, por consequência lógica, existem inúmeros casos sobre um mesmo entrave, o que, inevitavelmente contribui e muito para o abarrotamento do Poder Judiciário, a morosidade, a deficiente prestação jurisdicional e, sobretudo, a violação dos princípios da segurança jurídica, da isonomia, da publicidade, do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa.

Por todos esses motivos, a inclusão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no ordenamento jurídico como ferramenta processual voltada à gestão dessas demandas repetitivas foi necessária.

A explanação discorreu, ainda, sobre o que disciplinou o Código de Processo Civil, bem como demonstrou a importante tarefa dos Tribunais de instrumentalizar o procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas por meio dos seus regimentos internos.

Nesse ponto, ficou clara a relevância da cautela na instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nos Tribunais, inclusive, destacando o Mandado de Segurança nº 10000756-16.2017.4.01.3400, da 21ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF, que versou sobre a impossibilidade de auditores fiscais/conselheiros participarem de julgamento de recursos administrativos no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais em virtude do recebimento do "bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira", instituído pela Medida Provisória nº 765/2016.

Igualmente ao referido caso, havia a repetição de processos com decisões divergentes naquela Seção Judiciária acerca do mesmo entrave, na medida em que foram constatados vários Mandados de Segurança, em quase todas as Varas Federais, que tiveram decisões divergentes sobre a mesma questão de direito.

Em termos de números, tais casos representavam um montante total envolvido de R$ 8.540.427.288,68 (oito bilhões e quinhentos e quarenta milhões e quatrocentos e vinte e sete mil e duzentos e oitenta e oito reais e sessenta e oito centavos).

A fim de corroborar a devida cautela no manejo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o caso supramencionado demonstrou flagrantemente a relevância social e as consequências de uma eventual instauração equivocada.

Em outras palavras, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas inicialmente criado com o intuito de amenizar a litigiosidade de massa, instaurado sem o cotejo devido entre casos, tem o condão de suspender inúmeros processos e, posteriormente, triplicar a tão debatida morosidade do Poder Judiciário.

Como sabido e repisado à exaustão, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, inspiração do direito alemão, foi trazido para o direito brasileiro com o intuito de proteger o Estado Democrático de Direito, aprimorar o Poder Judiciário, assim como privilegiar os princípios da segurança jurídica, da isonomia, da publicidade, do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa.

Sem dúvidas, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nada mais é do que uma forma de guarida para toda a sociedade, contudo, os seus benefícios estão intimamente ligados ao seu correto manejo, como já preocupadamente demonstrado.

Em resumo, o Código de Processo Civil foi irreparável ao introduzir o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no ordenamento jurídico, porém, tão importante quanto a instauração deve ser a acareação entre os casos, sob pena da solução confundir-se com o principal problema.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988.* Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 de março de 2021.

BRASIL. *Código de Processo Civil.* Lei n 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31 de março de 2021.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um 'incidente de resolução de demandas repetitivas.* Revista de Processo, São Paulo, v. 196, p. 237-274, 2011.

ANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito.* 2ª Ed. Revista dos Tribunais,2014

CABRAL, Antônio do Passo. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. Revista de Processo.* v. 39, n. 231, maio 2014. Disponível em: < https://www.academia.edu/10713934/A_escolha_da_causapiloto_nos_incidentes_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_processos_repetitivos>. Acesso em: 31 de março de 2021. CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CAVALCANTTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Código Processo Civil.* 4ª Ed. São Paulo, Atlas.2017.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2000. DANTAS, Bruno. "Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas", Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Wambier, Teresa Arruda Alvim et ali (coord.). São Paulo: Ed. RT, 2015.

DIDIER Jr, Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal.* 13 ed. Salvador. JusPodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos.* In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Corrdenação). Julgamento de casos Repetitivos. Salvador: JusPodium, 2017.

FUX, Luiz. *Novo Código de Processo Civil Temático.* São Paulo: ed. Mackenzie, 2015.
I RELATÓRIO DE PESQUISA OBSERVATÓRIO BRASILEIRO IRDRS. Disponível em: <http://observatorioirdr.direitorp.usp.br/wpcontent/uploads/sites/400/2019/12/I_Relat%C3%B3rio_Observat%C3%B3rio_IRDR_USP_Ribeir%C3%A3o-Preto.pdf.>. Acesso em 31 de março de 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law. Uma análise de direito comparado.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.

MARONINI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de Processo Civil.* Vol.2. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade.* Campinas: Bookseller, 2002.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional.* 1ª Ed. São Paulo, RT, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 2a Ed. São Paulo.Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SÁ, Renato Montans de. *Manual de Direito Processual Civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça Fralino. *Linhas fundamentais do novo Código de Processo Civil brasileiro.* Publicações da Escola AGU, Brasília, v. 8, n. ja/mar. 2016, p. 131-150, 2016.

TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas.* 1ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização.* 61ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* – vol. III. 5º. Ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. ZENKNER, Marcelo. Ministério Público e efetividade do processo civil. São Paulo: RT, 2006

THEODORO JR. Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRF-1. *Incidente De Resolução De Demandas Repetitivas:* Processo nº.: 0008087-81.2017.4.01.0000. Relator: Desembargador Federal Nóvely Villanova da Silva Reis - 18/10/2017. Disponível em: https://portal.trf1.jus.br/sjdf/. Acesso em: 31 de março de 2021.

VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural.* 1ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.* 4ª Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais.* In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coordenação). Processo coletivo: do surgimento à atualidade. Cap. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL ACERCA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

MIGUEL, Natália de Barros Loio[1]
MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes[2]

1 Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense e Membro Pesquisadora do Grupo de Estudo em Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP) e da Liga Acadêmica de Direito UFF-VR, Membro do Grupo de Estudos em Direito Processual Civil, bolsista pelo Programa de Bolsas de Extensão 2020- Pró-Reitoria de Extensão/UFF, nataliamiguel@id.uff.br.

2 Doutor em Direito (UNESA). Mestre em Direito (UNISA). Professor da Universidade Federal Fluminense (UFF/VR). E-mail: matheus.vgm@outlook.com. Coordenador do Grupo de Estudos em Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP).

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise doutrinária e jurisprudencial do instituto da impenhorabilidade do bem de família à luz do Código de Processo Civil de 2015. Diante disso, adotar-se-á a metodologia bibliográfica e secundariamente, uma análise jurisprudencial das Seções especiais do Superior Tribunal de Justiça entre os anos de 2015 a 2020. Os dados analisados dizem respeito à possibilidade (ou não) de renúncia, à natureza jurídica de ordem pública e se incidiria os efeitos da preclusão. Quanto aos resultados, ainda não há uniformidade de entendimento, pois a doutrina considera o instituto em questão renunciável, não caracterizando-o como matéria de ordem pública, enquanto a jurisprudência tem tendência de forma contrária. O único ponto convergente para ambos é a incidência da preclusão. A partir desses resultados tornou-se possível perceber suas implicações práticas, as quais podem ocasionar certas crises de efetividade e de segurança jurídica.

Palavras-chave: Bem de Família; Impenhorabilidade; Renúncia; Preclusão; Ordem Pública.

1. INTRODUÇÃO

A Execução é medida assegurada pelo ordenamento jurídico como forma de proteger o exequente no caso de uma obrigação não cumprida pelo executado, consistindo em uma prestação devida (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 45) que assegura um "direito subjetivo da parte" (PINHO, 2017, p. 552). A partir do Princípio da Responsabilidade Patrimonial todos os bens do devedor devem responder para satisfação da obrigação como forma de concretizar também o princípio da efetividade. Com isso, o título executivo busca sujeitar os bens do devedor à ação executória quando há inadimplemento da obrigação (ASSIS, 2002).

Entretanto, a lei impõe algumas restrições a determinados bens do devedor, isso porque um dos fundamentos do direito pós-moderno é resolver as demandas à luz do princípio da dignidade da pessoa humana que resguarda bens indispensáveis à sobrevivência humana. Dessa forma, a impenhorabilidade deve ser utilizada para preservação da dignidade humana e não manter a mesma condição econômica do executado (NEVES, 2018).

Por ser medida restritiva ao princípio da Responsabilidade Patrimonial previsto no art. 789, CPC,

> Cabe ao legislador, impulsado por motivos legítimos, criar exceções à responsabilidade patrimonial, prevendo, genericamente, regras que excluam determinados bens e direitos que compõem o patrimônio. São os tais bens do patrimônio. São os tais bens do patrimônio que são imunes à responsabilidade patrimonial. (ABELHA, 2016, p.886)

Nesse sentido, apenas em hipóteses disciplinadas pela lei determinados bens não serão passíveis de penhora.

Com isso, o instituto da impenhorabilidade funciona como mecanismo de proteção de tais bens como forma de assegurar o princípio da dignidade da pessoa, do direito à moradia, direito ao patrimônio mínimo e também ao princípio da autonomia da vontade (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 811), princípios constitucionais que devem ser observados na realidade brasileira que vive em um Estado Democrático de Direito.

Vale destacar ainda, que a impenhorabilidade, por se tratar de medida excepcional, deve ser aplicada de forma ponderada, tendo por base as normas de direitos fundamentais, assim como decisões uniformes e coerentes. Vale destacar que o instituto sofreu significativa modificação com o advento do Código de Processo Civil de 2015. Nesse sentido, a

partir de sua entrada em vigor, apenas o inciso I do artigo 833, CPC consiste em hipótese de impenhorabilidade absoluta. No entanto, o presente trabalho ater-se-á a uma modalidade de impenhorabilidade relativa, prevista no inciso II. Cuida do bem de família, positivado genericamente no Código de Processo Civil e especificamente na Lei nº 8.009/90. Cabe ressaltar que o CPC/2015 corrigiu um "erro técnico" (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 811) ao instituto, uma vez que no Código de Processo Civil de 1973 bem de família era caracterizada como hipótese de impenhorabilidade absoluta, o que não condiz com a realidade, pois "a residência familiar comporta algumas constrições" (ASSIS, 2016, p. 214) como nas hipóteses previstas no art. 3º da Lei nº 8009/1990.

O bem de família surge no ordenamento jurídico como mecanismo de "proteção automática" (TARTUCE, 2008) do patrimônio mínimo do indivíduo como mais uma forma de proteção da dignidade da pessoa humana, do "mínimo existencial" (GAMA; MARÇAL, 2013) e da moradia digna.

Nessa perspectiva, para um entendimento da impenhorabilidade do bem de família à luz do Código de Processo Civil de 2015, utilizou-se de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial com o intuito de verificar se o instituto é renunciável, se constitui matéria de ordem pública e se teria ordem preclusiva e se haveria uniformidade no entendimento. Como resultados encontrados, a doutrina entende que não se trata de direito renunciável, enquanto a jurisprudência entende que não seria. Quanto a considerar matéria de ordem pública, a doutrina não considera como matéria de ordem pública, o que destoa da jurisprudência que possui entendimento contrário. Por fim, quanto à natureza de ordem preclusiva, existe uniformidade entre ambos, no sentido de que a impenhorabilidade bem de família deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber ao executado manifestar-se nos autos, sob pena, de preclusão.

2. METODOLOGIA

O presente artigo teve como referência inicial a metodologia de pesquisa bibliográfica qualitativa em autores especializados na temática abordada com o intuito de entender as mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 ao instituto da impenhorabilidade do bem de família.

Outrossim, para aprofundar o tema escolhido, utilizou-se como segundo método, a pesquisa jurisprudencial, essencialmente por meio de uma análise de julgados das 2ª, 3ª e 4ª Turma da Seção Especializada do Superior Tribunal de Justiça com julgados desde a vigência do Código de Processo Civil de 2015 até o ano de 2020 no que tange ao entendimento

do Tribunal Superior no instituto da impenhorabilidade do bem de família, objeto do presente trabalho.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

A impenhorabilidade do bem de família surge como uma exceção à Responsabilidade Patrimonial que substituiu a Responsabilidade Pessoal (vedada pelo ordenamento) (NEVES, 2018). Nesse sentido, a Responsabilidade Patrimonial disciplina que em regra, todos os bens do devedor deveriam responder pelo cumprimento da obrigação.

O bem de família, embora possua positivação na Lei nº 8.009/90 sofreu modificações com o advento do Código de Processo Civil trouxe nova redação ao artigo 833 que correspondia ao art. 649 do CPC 73, pois deixou de utilizar "o advérbio "absolutamente" no caput do referido artigo (BUENO, 2017). Com isso, com ressalva do inciso I, os demais incisos contidos no art. 833 passam a ser considerados hipóteses de impenhorabilidade relativa a fim de evitar "grandes sacrifícios de ordem pessoal e familiar para o executado" (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 611).

O inciso II do art. 833, CPC e o art. 1º da Lei nº 8.009/90 tratam do bem de família:

> Art. 833. São impenhoráveis:
>
> II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
>
> Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Nesse sentido, a partir da nova dinâmica adotada pelo CPC de 2015, é necessário analisar algumas questões controvertidas no instituto da impenhorabilidade do bem de família, do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial que são consideradas fontes do direito e que servem como ferramentas de aprofundamento e aplicação da ciência jurídica, principalmente quando surge uma mudança legislativa como forma de evitar decisões conflitantes, ou, possíveis lacunas no ordenamento jurídico. No entanto, um dos principais motivos para o posicionamento da

doutrina e jurisprudência, consiste em evitar a insegurança jurídica na materialização das normas jurídicas.

Inicialmente, deve-se destacar a possibilidade ou não de renúncia. A partir da modificação trazida pelo Código de Processo Civil que passou a considerar o bem de família como bem disponível, o entendimento que prevalece na doutrina é de que seria passível de renúncia, uma vez que a fim de satisfazer a obrigação, faculta-se a liberdade de escolha ao executado em se desfazer de seu bem, ainda que considerado um bem impenhorável pelo Código de Processo Civil e pela Lei nº 8.009/90 (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017); (PINHO, 2017). O executado pode se utilizar de um negócio processual atípico para requerer a renúncia da proteção legal ao bem de família (GAJARDONI, 2020) e como não há restrições na legislação, no caso concreto, pode ser convencionado entre as partes um negócio jurídico atípico para renunciar ao bem de família (MACHADO, 2016). Isso permite "que o aplicador do direito compreenda a necessidade de identificar a efetiva relevância da vontade para o processo, afastando-se da visão paternalista pela qual caberia ao juiz proteger a parte das consequências dos atos da própria parte (MACHADO, 2016)".

A jurisprudência, por sua vez, possui entendimento contrário, vez que entende que o bem de família não seria passível de renúncia, pois trata-se de norma cogente disciplinada pela Lei nº 8.009/90. Nesse sentido, destaca-se trecho da ementa do REsp nº 1.365.418-SP, rel. Min. Marco Buzzi, j. 4.4.2013 anterior ao Código de Processo Civil de 2015:

> [...] 2. Os bens protegidos pela cláusula de impenhorabilidade (art. 649, V, do CPC) podem constituir alvo de constrição judicial, haja vista ser lícito ao devedor renunciar à proteção legal positivada na norma supracitada, contanto que contemple patrimônio disponível e tenha sido indicado à penhora por livre decisão do executado, **ressalvados os bens inalienáveis e os bens da família. Precedentes do STJ** (grifado) (REsp nº 1.365.418-SP, rel. Min. Marco Buzzi, j. 4.4.2013).

No entanto, mesmo com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o entendimento da irrenunciabilidade se manteve, ainda que a lei tenha modificado o bem de família para modalidade de impenhorabilidade relativa:

> [...] 1. **No regime do CPC/73, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de que** *"a indicação do imóvel como garantia não implica em renúncia ao benefício da impenhorabilidade do bem de*

> *família, em razão da natureza de norma cogente, prevista na Lei nº 8.009/90"* (...) **"conforme já assentado pelo STJ, a proteção conferida pela Lei nº 8.009/90 não admite renúncia pelo proprietário"** (grifo nosso) (REsp 1487028/SC, Rel. Ministro HERMAM BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2015).

Nessa perspectiva, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça manteve o entendimento de que a impenhorabilidade do bem de família é direito irrenunciável (2ª Turma, AgInt no REsp nº 1.754.525-RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 21.11.2019; 2ª Turma, REsp 1487028/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j.13.10.2015, Dje. 18.11.15, e 4ª Turma, AgInt no REsp nº 1.084.180-SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 20.3.2019), ainda que o art. 833, II, CPC disponha de modo diverso.

Outra questão controvertida entre doutrina e jurisprudência reside no fato de considerar a natureza do bem de família como norma de ordem pública ou não. Quanto à posição da doutrina majoritária é no sentido de entender que a impenhorabilidade não pode considerar-se matéria de ordem pública, uma vez que o instituto visa resguardar interesses do executado, tendo por base o princípio da menor onerosidade do devedor que permite o cumprimento da obrigação, desde que de forma menos gravosa possível à dignidade do devedor. Nesse sentido:

> [...] todas as medidas executórias devem sopesar esses dois interesses antagônicos: o interesse do credor à ampla e rápida satisfação do seu crédito e o interesse do devedor a sofrer o menor prejuízo possível em sua liberdade e em seu patrimônio" (GRECO, 2020, p.49).

Além disso, por tratar-se de modalidade de bem disponível não como sustentar a natureza de ordem pública (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

O entendimento jurisprudencial da 4ª Turma do STJ possui entendimento diverso, pois considera a natureza jurídica do instituto como matéria de ordem pública, uma vez que é regido por norma cogente "que tem por escopo a proteção do bem de família, calcado no direito fundamental à moradia" (4ª Turma, AgInt no REsp nº 1338787-PR, rel. Min. Marco Buzzi, j. 27.05.2019). No mesmo sentido: 4ª Turma, AgRg no AREsp 264.431/SE, rel. Min. Luís Felipe Salomão, Dje. 11.3.2013. Além disso, por ser norma de ordem pública prevalece sobre a vontade do titular, já que se trata de direito irrenunciável (4ª Turma, AgInt no REsp nº 1.084.180-SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 20.3.2019).

Vale destacar que a 3ª Turma do STJ vai no mesmo sentido: "por isso, considerando, ainda, que a matéria debatida se refere ao direito de moradia constitucionalmente garantido e à proteção à família, caracterizando matéria de ordem pública" (3ª Turma, AgInt no REsp nº 1548875-SP, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 16.12.2019).

A última questão a ser analisada no presente trabalho refere-se da possibilidade ou não de preclusão. A preclusão consiste na possibilidade que a parte adquire de se manifestar sobre determinado ato processual, sob pena de perder tal oportunidade quando não realizada no momento e tempo oportunos.

Dessa maneira, a doutrina processual civil entende que os casos de impenhorabilidade relativa possuem natureza preclusiva, "devendo a alegação ser feita pelo executado na primeira oportunidade em que lhe tocar manifestar-se no processo após sua penhora, sob pena de preclusão" (DINAMARCO, 2009, p.382). Nesse sentido, o bem de família, por se enquadrar como modalidade de impenhorabilidade relativa incidirá a ocorrência da preclusão (ASSIS, 2016, p. 324).

Ainda no tocante à posição doutrinária:

> Decidida a questão sobre a penhorabilidade do bem, e não havendo mais possibilidade de interposição de recurso, há preclusão, que impede nova apreciação dessa mesma questão. Essa decisão poderá, ainda, ser objeto de ação rescisória, não obstante se tratar de decisão interlocutória (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 818).

A posição da jurisprudência é a mesma da doutrina, no sentido de que na impenhorabilidade do bem de família incide os efeitos da preclusão consumativa, "quando houver decisão anterior acerca do tema, mesmo se tratando de matéria de ordem pública" (cf. STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp nº 1687899-SP, rel. Min. Antônio Carla Ferreira, j. 24.08.2020). A 3ª Turma possui entendimento no mesmo sentido: "na questão de ordem pública, há preclusão consumativa se a matéria tiver sido objeto de decisão anterior definitivamente julgada" (STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp nº 1548875- SP, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 16.12.19). Ainda, incide a preclusão em alegação posterior de que o imóvel tratava-se de bem de família.

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VOTO VENCIDO. SÚMULA 320/STJ. AFASTAMENTO. EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL. RENÚNCIA

> [...] 2. Exercitada previamente a tentativa de reversão da penhora sob alegação de tratar-se o imóvel constrito de bem de família, transitando em sentido oposto ao pretendido pelos recorrentes, não se admite a discussão posterior nos próprios autos ou em processo diverso (cf. STJ, 4ª Turma, AgRg no AgRg no REsp nº 991.501-MS, rel. Min. Maria Izabel, j. 24/02.2015).

Após apresentação das posições doutrinária e jurisprudencial acerca da impenhorabilidade do bem de família à luz do Código de Processo Civil de 2015 é possível perceber que na maioria dos objetivos apresentados ainda não há uniformidade de entendimentos.

O grande foco das divergências reside no fato de que a doutrina modificou o entendimento do instituto após as mudanças trazidas pelo CPC/2015 ao considerar o bem de família, hipótese de impenhorabilidade relativa, logo seria passível de renúncia, por escolha do executado em querer satisfazer a obrigação contraída.

Consequentemente, por se tratar de direito renunciável, a impenhorabilidade do bem de família não pode ser considerada como matéria de ordem pública, pois sua incidência é de caráter individual, pois protege a condição de sobrevivência e moradia dignas do devedor, logo não há como sustentar o argumento de que resguarda interesses coletivos. Além disso, assim como outros institutos do direito processual civil sofre os efeitos da preclusão, caso não seja manifestado pelo executado na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos, conforme estabelece o art. 278, CPC (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017). A partir da modificação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, o inciso II do art. 833 torna-se modalidade de impenhorabilidade relativa, o que torna o bem de família como bem disponível.

A jurisprudência, por sua vez, adota uma visão ainda baseada no CPC de 1973, uma vez que entende que a impenhorabilidade do bem de família é direito insuscetível de renúncia, uma vez que o assunto é disciplinado pela Lei nº 8.009/90, norma cogente, o que impossibilita o exequente de escolher abrir mão da impenhorabilidade para cumprir a obrigação. Outro argumento da impossibilidade de renúncia é de que o instituo é considerado norma de ordem pública, por ser disciplinado por norma jurídica. Outrossim, possui natureza preclusiva, caso o bem de família não suscitado pelo devedor em sua primeira manifestação nos autos.

Com isso, o entendimento jurisprudencial ao ter como base o regramento do antigo Código de Processo Civil, torna o bem de família como modalidade de impenhorabilidade absoluta que caracterizada como bem de natureza indisponível.

A única questão em que já existe consenso entre doutrina e jurisprudência atualmente consiste em considerar a impenhorabilidade do bem de família como matéria preclusiva, já que se não for alegada no momento oportuno, extingue-se o direito do requerente. Isso à luz do caso concreto pode ocasionar em problemas de aplicação da norma, de suas consequências práticas, diante das divergências entre doutrina e jurisprudência. Por fim, vale destacar que a falta de um entendimento uniforme pode ocasionar em grande insegurança jurídica, um dos problemas mais sensíveis para o direito, o que pode tornar ainda mais incerta "a relação entre exequente e executado" (TOALDO; SAUTHIER, 2014, p. 143).

4. CONCLUSÕES

O bem de família regulado pela Lei nº 8.009/90 surge como resposta ao texto constitucional que prevê a existência da moradia, da dignidade da pessoa humana e também a autonomia da vontade. Nesse sentido, o Processo Civil deve assegurar que os institutos jurídicos tenham como base, a Constituição Federal, como no caso do presente estudo, além de garantir que a Execução satisfaça os interesses do exequente sem que onere o executado de forma a comprometer a sua sobrevivência.

Influenciado pela autonomia da vontade e da liberdade dos indivíduos, o Código de Processo Civil de 2015 modificou o instituto da impenhorabilidade do bem de família que na vigência do CPC de 1973 era modalidade de impenhorabilidade absoluta, o que caracterizava o bem como indisponível. A partir do CPC/2015, o art. 833, incisos II a XII são hipóteses de impenhorabilidade relativa, o que incide diretamente na sua aplicabilidade prática.

Tendo por base o estudo introdutório do instituto do bem de família e da sua influência constitucional é necessário perceber o comportamento doutrinário e jurisprudencial acerca das mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

A doutrina alterou o posicionamento para acompanhar a norma, uma vez que a impenhorabilidade do bem de família torna-se relativa, o que torna o bem disponível. Além disso, por se tratar de bem disponível é passível de renúncia, pois a processualística moderna confere este poder de escolha ao executado. A doutrina ainda admite a formação de negócio jurídico atípico (art. 190, CPC) para possibilitar o executado de renunciar à cláusula de impenhorabilidade do bem de família para cumprir a obrigação contraída (GAJARDONI, 2020).

Além disso, o entendimento do bem de família como disponível permite sua alienação, ainda que o bem esteja com cláusula de impenhorabilidade.

Outra questão trazida pela doutrina consiste em não considerar a impenhorabilidade do bem de família como matéria de ordem pública, o que poderia legitimar a ideia de que o juiz poderia declarar de ofício (TOLEDO, 2018).

Tendo em vista que o objetivo primordial da impenhorabilidade é resguardar prioritariamente, os direitos do executado como a residência familiar, a dignidade da pessoa humana e a vedação da satisfação da obrigação de forma onerosa ao devedor.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça das 2ª, 3ª e 4ª Turma da Seção Especializada, com julgados entre os anos 2015 até 2020 vão a sentido oposto da doutrina. Inicialmente, quanto à renúncia entende que nos casos envolvendo impenhorabilidade do bem de família não há possiblidade de renúncia, ainda que em algumas hipóteses reconheça-se como modalidade de bem disponível. Ainda, caracterizam a renúncia como "inválida e ineficaz, pois constitui um exercício inadmissível da autonomia privada por parte do devedor" (TOLEDO, 2018, p. 22).

Outrossim, entende que consiste em matéria de ordem pública, ainda que em desacordo com o CPC/2015 e mais especificamente com a dignidade da pessoa humana, pois como já salientado, a função precípua da impenhorabilidade é proteção do executado, ou sejam possui aspecto individual e não geral como é característica da ordem pública.

Até o presente momento, o único objetivo semelhante nas duas metodologias escolhidas é acerca da incidência da preclusão. Nessa perspectiva, se a impenhorabilidade de bem de família não for alegada na primeira oportunidade que couber a parte a se manifestar nos autos não poderá fazê-lo posteriormente.

Tendo por base os referenciais teóricos analisados, é necessário que haja uma reformulação do instituto da impenhorabilidade do bem de família com o intuito de uniformizar os entendimentos da doutrina que serve como instrumento de aprofundamentos do sentido e alcance das normas jurídicas com a posição da jurisprudência que funciona como meio de aplicação do direito oriundo do entendimento uniforme dos tribunais, principalmente quando a norma jurídica não consegue contemplar todas as situações.

O direito processual civil, assim como outros ramos do Direito devem ser interpretados à luz da Constituição Federal de 1988 que institui um rol de direitos fundamentais que devem ser observados tanto pelo

legislador na criação da norma, quanto pelos operadores do direito sua aplicabilidade no caso concreto.

Desse modo, as modificações trazidas pelo Código de Processo Civil, na Execução, conferem autonomia de o executado em abrir mão da impenhorabilidade para adimplir sua obrigação, mas também protege o direito à moradia digna e a dignidade do devedor.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2016.

ASSIS, Araken de. *Manual de Execução*. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil.* vol.5., 7.ed., Salvador: JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. IV., 3.ed, rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Convenções Processuais Atípicas na Execução Civil.* Revista Eletrônica de Direito Processual-REDP. Rio de Janeiro, v. 22, n.1. jan- abril de 2021, pp. 283-321, 2020.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; MARÇAL, Thaís Boia. Penhorabilidade Do Bem De Família "Luxuoso" Na Perspectiva Civil-Constitucional. *Quaestio Iuris,* Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 235-256, fev. 2013.

GRECO, Leonardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*- artigos 797 a 823: das diversas espécies de execução-v. XVI. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Negócio processual de renúncia à impenhorabilidade*. Jota. Brasília. Disponível em: /www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novo-cpc-e-negocio-processual-de-renuncia-impenhorabilidade-14112016. Publicado em: 14.11.2016. Acesso em: 28 de março de 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil,* vol. Único. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina. *Direito Processual Civil Contemporâneo, vol.5*., 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. *A Polêmica do Bem de Família Ofertado*. Revista da EMERJ**,** Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 233-246, 2008.

TOALDO, Adriane Medianeira; SAUTHIER, Bibiana Lorenzoni. *Penhorabilidade do Bem de Família Suntuoso: Garantia do Direito à Moradia x Satisfação do Direito do Credor.* Revista Síntese Direito de Família- Compêndio de Assuntos Especiais: São Paulo, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. III, 47. ed. ver, atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOLEDO, André Medeiros; NETO, Elias Marques de Medeiros. *Proposta de Uma Possível Relativização da Impenhorabilidade do Bem de Família.* Revista Eletrônica de Direito Processual-REDP. Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, Maio a Agosto de 2018, pp. 01- 47.

PRECEDENTE COMO DIÁLOGO

NASCHENWENG, Marcelo Elias[1]

1 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Juiz de Direito. Santa Catarina, Brasil. E-mail: marceloeliasn@gmail.com.

RESUMO

O escrito consiste numa abordagem do precedente como mecanismo evolutivo do sistema a ser (re)posicionado pela sistemática trazida pelo CPCivil de 2015. A integração do instituto no sistema receptor reclama ajustes para o seu melhor funcionamento desde a orientação constitucional e a prática jurídica estabelecida. A vinculação das decisões judiciais requer observância por força de razões que se sustentam como válidas e não por forma, estrutura ou hierarquia, sob pena de vedar-se a busca pela melhor solução desde os materiais jurídicos dispostos, ao mesmo tempo em que se interdita a discussão democrática no seio do processo que deveria ser levada a ombros pelas partes e assegurada pelo juízo Os padrões de coerência e integridade são vetores a informar a prática judiciária rumo a melhor resposta que o direito pode dar.

Palavras-chave: Precedentes. Diálogo. Vinculação Material. Superação.

1. INTRODUÇÃO

O instituto do precedente foi revisitado com a vinda do CPCivil de 2015, despertando entendimentos vários frente ao seu modo de construção e funcionamento. Importa, todavia, proceder um ajuste das noções doutrinárias advindas de outros sistemas processuais para que possa melhor desempenhar o seu papel na busca de valores como segurança, isonomia e efetividade, tão caros a um sistema de justiça que precisa dar conta de resolver conflitos em um mundo cada vez mais complexo. Artifício tomado de empréstimo da literatura abre caminho para uma melhor compreensão do precedente como diálogo. A vinculação material, por força de razões que entram em jogo, conduz a uma interpretação na qual a superação se mostra como um possível inarredável, desde que vencida a incumbência de uma justificação argumentativa suficiente.

2. METODOLOGIA

O estudo foi desenvolvido nos moldes hermenêuticos com a abordagem aliançada a autores que enfrentaram o tema desde suas perspectivas e contribuições, com a contraposição de sistemas, a integração do instituto em nosso ordenamento e o exame de sua construção, funcionamento e aplicação, com os desdobramentos daí advindos. A literatura foi recrutada para arrimar uma abordagem beneficiada pelo distanciamento empregado para ampliar o horizonte de percepção.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1. Resolução judicial precedente

O precedente tomado como diálogo é um julgado que serve de referência a outro. Não é monólogo de Corte de Vértice – que vincula por força de estrutura, forma e hierarquia – nem silêncio – e silêncio de catacumba, de coisa julgada de verdade decidida e dita para todo o sempre (*veredictum*). Em nosso sistema, a orientação jurisprudencial sempre se constituiu em uma fonte de pesquisa para a prática judiciária, de modo que não é incomum o uso de julgados como parâmetro a ser considerado na tomada de decisões pela justiça. Desde o crescimento da importância e do reconhecimento da normatividade das disposições constitucionais – e do conseguinte aumento do espaço de atuação do magistrado, decorrente de um maior entrechoque das normas infraconstitucionais com o texto constitucional que lhe dá suporte – a atenção se volta para a prática

jurídica e para as decisões judiciais. Neste estudo, particularmente, para a vinculação daí advinda.

O instituto, bem desenvolvido nos sistemas de *common la*w pode merecer algum ajuste, à modo de tradução, ao ser acolhido no sistema receptor. A noção de sistemas contrapostos pode ser retratada pela pena de Eduardo Couture, a referir que ambas as formas constituem uma antítese, não havendo outra de recorrer os caminhos da vida: uma trazendo previamente um traçado sobre um mapa e cumprindo-o no seguimento a uma linha reta; outra é não traçar caminhos mas deixar-se andar pela vida, como a humilde senda de um peregrino: assim, ao se deparar com uma montanha, contorna-se, com um rio, desvia-se, guiando-se pelas balizas da experiência e da necessidade. Tomas Santos divisa os sistemas, indicando como característica do *civil law*: a primazia da lei entre as fontes do sistema jurídico; a tendência à abstração e à sistematização conceitual do direito; o emprego de uma metodologia jurídica fundada em uma análise dedutiva; e o excesso de protagonismo da questão de direito frente à questão fática no raciocínio dos tribunais (SANTOS, 2013, p. 45). Ao passo em que no sistema do *common law:* a jurisprudência é a fonte de direito por antonomásia[2]; o *common law* foge de conceitos abstratos e classificações sistemáticas, seu fundamento é o estudo do caso concreto (*case law*) e parte de uma metodologia tipicamente indutiva, assim os fatos centram a atenção da aplicação judicial do direito frente às questões jurídicas (SANTOS, 2013, p. 47).

Melhor que gizar diferenças, cumpre acentuar uma aproximação entre os sistemas de justiça, mesmo como traço evolutivo, na busca comum por efetividade, isonomia e segurança, na exigência democrática da motivação das decisões e participação dos interessados, de modo que no direito como partilha, como atividade intersubjetiva, o mecanismo do precedente tem lugar em qualquer das famílias do direito ocidental. O precedente é reconhecido como tal quando se verifica que o caso anterior reúne condições de interditar o leque de possibilidade de sentidos do caso em apreço. Jordi Beltrán descreve uma estrutura triádica, na qual os fatos são comparados não em suspenso, mas sob alguma incidência legal. Assim, à analogia precede uma regra: uma analogia é uma relação triádica entre dois casos (em comparação) e uma regra (que rege a comparação). Os casos não são coincidentes, mas semelhantes, e isso em relação a algum aspecto (BELTRÁN, 2016, p. 182).

2 Metonímia pela qual a jurisprudência toma o lugar da legislação.

3.2. Precedente, diálogo e circularidade

Calvo González, desde o aporte do direito narrativo, concebe o precedente como hipotexto de uma decisão: "o precedente em relação à decisão que o incorpore mantém uma consistência narrativa *'standard'* que não apresenta grandes dificuldades. Entre o hipertexto e o hipotexto existe sempre uma satisfatória relação de consistência narrativa, que será puramente lógico-convencional, de modo que a explicação do posterior (decisão) se dá com a influência do anterior". Há, pois, uma transposição por condensação (GONZÁLEZ, 1996, p. 19). Remete, pois, à noção de relato intercalado, que pode ser experienciada na apreciação da gravura de Escher a que refere Hofstadter: "Em uma galeria de quadros, um homem se põe defronte de um deles, no qual enxerga a paisagem de uma cidade e esta paisagem se abre para incluir a galeria que o contém e o homem que está a mirá-lo. Desde esta perspectiva, a noção de precedente se representa como uma progressiva composição de imagens semelhantes à originada por espelhos enfrentados. O precedente assim pode ser comparado com espelhos que se refletem em abismo; um espelho que volta e volta contendo-se a si mesmo uma vez atrás da outra infinitamente. Essa imaginação ótica conduz a ideia do precedente como a proliferação interna de um relato em outro, ou relato intercalado. Parece recordar a estrutura do Livro das mil e uma noites no qual Shahrazade conta uma história na qual se conta uma história, na qual se conta uma história e assim sucessivamente. Esse artifício narrativo, o encadear uma história com outra, salva cada noite de sua vida" (GONZÁLEZ, 1996, p. 15-16).

Nesta abordagem do precedente como diálogo, como razões que precisam entrar em jogo, esta retroalimentação não pode se dar de modo fechado, mas tem de abranger novos dados, sob pena de subverter o movimento circular virtuoso. A ressignificação acolhida como passo evolutivo – advinda da invocação e revisitação do precedente – como faz ver González, verte pragmaticamente como coerência, funcionando o precedente como redutor de complexidade dos vários possíveis critérios de decisão (fáticos e normativos). No que refere ao narrador, a noção de relato intercalado permite observar a posição do antigo e do novo relator, reconhecendo-se verossimilhança em relação ao primeiro relato, decorrente da presunção de que goza o precedente. Esta presunção adquire um grau de confiabilidade por estar afinada com a ideia de coerência: o precedente deve ser mantido, salvo razão suficiente para vencê-lo. No que atine aos destinatários, a construção do relato mediante razões de outro

acentua o precedente como parâmetro de correção jurídica em atendimento ao princípio da isonomia" (GONZÁLEZ, 1996, p. 18).

A ideia reportada no quadro de M. C. Escher antes descrito, no qual o observador está incluído na obra que observa, conforta a noção de precedente como diálogo e direciona o intérprete ao modo de abordagem abrangente do círculo hermenêutico de compreensão porque nele o sujeito está imbricado com o objeto, a refutar a distância reclamada nas ciências naturais como necessária à investigação procedida na relação sujeito-objeto. O círculo hermenêutico também tem lugar em uma compreensão na qual o todo ilumina as partes que, cumuladas, (re)configuram a interpretação: há uma projeção de sentido que vai sendo revisitada e revisada à medida em que se progride na caminhada interpretativa. Ainda, impende invocar a lição de Gadamer tocante às três *subtilitas* a refutar inferência meramente sequencial nos atos de compreender, interpretar e aplicar, reunindo-os sob o influxo de uma dinâmica de circularidade. Por fim, cumprindo o arco do circular para o dialógico, Luiz Rhoden descreve o círculo hermenêutico desde uma perspectiva que incorpora a experiência, o jogo e o diálogo: experiência porque aqui conhecer é conhecer-se, logo existencial; jogo porque inarredável que o intérprete entre em campo, não como mero espectador, mas que interaja no movimento de compreensão, este que não é recluso-subjetivo, e sim lançado na partilha, no comum do intersubjetivo; por fim e mais propriamente diálogo como modo de construção conjunta de um entendimento, na linguagem, na alteridade, mais uma vez, no intersubjetivo. Eis o enquanto hermenêutico que não é apofântico, mas existencial. (ROHDEN, 2020, p.122 e seguintes)

3.3. Uma mirada desde a literatura

A realçar a implicação do direito com a literatura, González recolhe da mitologia grega a figura do semideus Perseu que logrou vencer a Górgona Medusa valendo-se do artifício de trasmudar o escudo em espelho e assim enfrentar indiretamente a temível figura de cabelos de serpente cujo o olhar transformava em pedra quem ousasse mirar- lhe diretamente. No direito, a mote de se esquivar do olhar mineralizante da dogmática jurídica, que procede de modo a engessar os sentidos, a literatura serve justamente a este fim, tal qual o espelho de Perseu, a comportar um olhar indireto para o enfrentamento dos problemas de ordem jurídica, com isso, ampliando-se o abanico de sentido e possibilidades (GONZÁLEZ, 2013).

Neste intento, González busca amparo na literatura trazendo o conto "O Gabinete de um Aficionado", do escritor francês Georges Perec, na compreensão de uma decisão jurídica, mais precisamente no tema da resolução judicial precedente. O quadro de Isabelle Vernay-Lévêque (Paris, 1981) ilustra tal conto, no qual o autor narra a história de um rico cervejeiro alemão, colecionador de obras de arte, que contrata um jovem pintor americano para retratar em um só quadro todas estas obras adquiridas em suas viagens. No entanto, eis a surpresa, neste quadro, abrangente de toda a coleção disposta nas paredes do aposento, o pintor fez incluir (ao centro) também o seu! Assim, todos os quadros ali contidos efetivamente existem e cobrem as paredes do aposento, a exceção do quadro do meio, que é ficcional, projetado (ele está sendo pintado, só existe na imaginação do autor/pintor). Esta tela do meio se retroalimenta, porque retrata novamente a cena e nela, claro, o quadro do meio que mais uma vez assim o faz, tendencialmente, até o infinito, tal qual a técnica de espelhos enfrentados, ou relatos intercalados como assim denomina, como vimos, o professor espanhol (GONZÁLEZ, 2020).

Uma atenção primeira pode ser dirigida ao fato antes mencionado de que no momento da pintura, todos os quadros, de diversos e renomados artistas (como Boucher, Tiépolo e Renoir, vide nota da Ilustradora, versão espanhola, ed. Anagrama), já existem e estão ali à disposição do artista. A atividade então é como descritiva. A exceção, como dito, se mostra no quadro do meio, fruto da imaginação e projeção do autor. Na sala, no espaço ao centro dedicado ao quadro do meio, nada existe senão um lugar, uma abertura para a atividade criativa do pintor.

Conforme Streck o precedente é uma decisão vista em retrospecto, no qual um juiz reconhece em um caso pretérito uma razão jurídica (fático-jurídica, razões de fato sob alguma sombra jurídica, consoante a estrutura triádica referida por Jordi Beltrán) que serve de fundamento para esta nova decisão: é o juiz do caso pendente que, olhando para trás, recolhe este fundamento e o integra ao seu conjunto argumentativo. Assim, o precedente constitui um ato complexo no qual o primeiro juiz estabelece as razões (na decisão primeira) e o segundo reconhece o precedente como tal (na segunda decisão). Ou seja, o precedente é formado desde o reconhecimento de uma decisão-modelo pré- existente. Tal qual, no conto antes mencionado, os quadros que cobrem a parede e servem de referência ao artista-intérprete. Precedente é referir a um julgado que já foi julgado; assim como réplica de um quadro é reproduzir um quadro já existente. Entretanto, como já destacado, o pintor americano incluiu no centro do seu quadro uma obra ficcional e justamente esta obra ficcional

(artefato, artifício, feito com arte) gerou projeção, uma retroalimentação em movimento circular que tende ao infinito.

O direito é textual, detém estrutura narrativa, que assim lhe é constituinte. O direito é ficcional, no sentido de dever-ser, que não só descreve o que aí está; mas, projetando, intenta normar, estabelecer regras de convivência, constrangendo, intervindo no mundo da vida, mesmo fixando objetivos como ideal de vida boa e de diminuição de desigualdades sociais.

Com a vinda do CPCivil de 2015, nosso sistema jurídico abrigou um modo de precedente projetado quando, por exemplo, no incidente de resolução de demandadas respectivas (IRDR) autoriza a reunião de processos similares para, no conjunto, obter uma melhor solução jurídica que caiba a estes processos, bem assim aos vindouros em situação de similitude. A solução jurídica é formada ali, resolve os processos afetados e estabelece um entendimento que se projeta para os casos futuros que apresentem a mesma questão jurídica. Essa projeção, como se sabe, normalmente toca à indústria legislativa, por lógico, entregue ao poder legislativo.

Nada obstante, na busca de uma melhor prestação jurisdicional, ante o número acachapante e crescente no país de demandas desta ordem e a necessidade de um trato isonômico volvido ao jurisdicionado, o legislador estabeleceu o procedimento como uma via possível. Neste mote e a bem do sistema, importa revisitar o conceito de precedente, como sustenta Aluísio Mendes. As resoluções judiciais precedentes também devem albergar a hipótese de uma decisão projetada com tal finalidade.

Tal ajuste se tem por possível, desde que se observe ampla divulgação, a ampliação da base democrática na construção do precedente, conforme a lição de Alexandre Câmara, com audiências públicas, participação do Ministério Público, quórum majorado ou intervenção do *amicus curiae*; ainda a participação das partes atingidas pela decisão, dos interessados juridicamente; com a reunião dos melhores argumentos na discussão jurídica e na formação do entendimento que se pretende vigorante.

Mas no enfoque, não basta resguardar uma participação na formação do entendimento, como se fosse uma democracia de arranque: é preciso também ressalvar a oportunidade de discussão quando do recrutamento do precedente forjado e sua aplicabilidade ao caso concreto: aqui também se deve observar uma oportunidade de debate, tanto do cabimento quanto da extensão da argumentação já tecida, o contraditório ressai como a nota endoprocessual da democracia. A mesma lógica se verifica nos demais procedimentos judiciais que desembocam em um entendimento que se pretende vigorante como redutor de complexidade

e estabilizador de um entendimento vencedor. Em suma, a superação é sempre um possível inarredável, desde que vencidos os requisitos reclamados em uma democracia para que justifique uma alteração de entendimento judicial e, por conseguinte, jurisprudencial. A coerência ressente desta justificação, enquanto prestação de contas à melhor resposta que o direito já deu; a integridade abre uma brecha, uma abertura à evolução, enquanto prestação de contas à melhor resposta que o direito pode dar. A invocação de um precedente como apoio impõe uma lógica simples de seguimento de um consenso já formado; com o acréscimo da alegria de fazer o novo com o velho (GONZALEZ); ou seja, as razões não exigem refundação sob pena de um proceder pleonástico. De outro lado, a distinção consiste apenas em um movimento de esquiva. Ainda, a superação pressupõe o reconhecimento do precedente acrescido de razões bastantes de contraposição e sobressaimento, a modo de oxímoro, quando ao principal se agrega um contrário que lhe converte o sentido e entendimento. Importa muito consignar que a democracia impõe que a superação de um entendimento consolidado, de uma convenção coletiva vigente, de uma ancoragem interpretativa em que se constitui um precedente, careça de uma motivação suficiente e razoável para o vencimento do critério firmado em um espaço intersubjetivo.

Volta-se ao quadro e ao conto, por uma nuance importante como Pedra de Bolonha. O artista, em cada reprodução operada no quadro central, incutiu uma diferença, uma variação minúscula: personagens e objetos desapareciam ou mudavam de lugar de uma cópia a outra, de modo não se trata de um espelhamento perfeito, mas uma distorção que comporta um traço incoincidente. Neste desvio, Perec aponta que a invenção transpôs a enumeração, a liberdade varou a memória. Desde que um observador, provido de uma lupa de joalheiro, conseguiu identificar estas ínfimas e imprevisíveis modificações, despertou-se um grau de curiosidade tal que dezenas de visitantes se apresentaram com suas lupas e *cuentahílos* ávidos em examinar cada centímetro do quadro e as diferenças entre as sucessivas versões (PEREC,2020).

No mesmo sentido, o precedente quando aplicado ele não se constitui em uma norma perene, mas comporta ou pode comportar ajustes reclamados pela temporalidade - que é sempre nova – e pela facticidade – que é sempre outra. O que só faz ver da atualidade e pertinência da lição gadameriana quanto ao movimento uno e trino da compreensão-interpretação--aplicação, donde se tira a impossibilidade da cisão e decaimento do mo(vi)mento da aplicação em relação ato comum de compreender e interpretar.

Enfim, é justamente esta reapresentação da resolução precedente - não como mera repetição mas como reafirmação das razões que lhe informam - frente aos novos casos, com suas novidades, complexidades, contingências e idiossincrasias, que irá gerar a consistência e coerência do precedente de modo a comportar o seguimento, a rerratificação de razões ou a superação do entendimento. Eis a noção do precedente como diálogo (no qual as razões entram em jogo), não como monólogo (de Cortes de Vértices) nem como silêncio (de coisa julgada). O vínculo é material (por razões) e não meramente formal (por força de forma, estrutura, hierarquia), sob pena de uma repetição mecânica a lembrar a lógica de Borges recolhida, mais uma vez, por GONZALEZ: "Eu tantas vezes contei a história que não sei se a recordo de fato ou simplesmente das palavras que usei para conta-la".

3.4. Vinculação por razões e não por forma

Na doutrina de González a noção de precedentes impele a valores como certeza, estabilidade e previsibilidade, ao lado de conferir elasticidade ao direito ao permitir novas decisões mediante criações intersticiais que o adaptam a transformações das circunstâncias (OTEIZA, 2016, p. 162). Porque nesta batida, a vinculação é de ordem substancial: as razões se sobrepõem à forma. Importa a autoridade do argumento e não o argumento da autoridade. Não se desconhece que corrente doutrinária de nomeada sustenta que a vinculação se dá por força de estrutura, forma e hierarquia, nos moldes do art. 927 do CPCivil. Mas, os institutos ali reunidos, sob o epíteto de precedentes, albergam conteúdos dos mais variados, que constrangem de modos diversos: cogente por decorrer de coisa julgada; persuasiva por constar de orientação sumular; de consideração obrigatória por se tratar de enunciado de ampla divulgação.

Na contramão deste entendimento, calha a defesa de que a vinculação seja de ordem material e não formal, logo, calcada em razões, não ditadas pelo dispositivo mas sim pela fundamentação do julgado, em argumentos que entram em jogo. Nessa trilha, as razões invocadas por uma parte - ou de conhecimento obrigatório pelo juízo – e que serviram como suporte de uma decisão anterior, devem ser consideradas por força dos vetores de coerência e integridade incorporados ao sistema processual, conforme o art. 926 do CPCivil.

Assim, o precedente não consiste em um monólogo incorruptível, a obrigar por força de pura autoridade, mas na dicção de Oteíza (2016, p. 159): "Quero sublinhar como os precedentes das cortes supre-

mas participam da construção de um diálogo substantivo que forma parte da deliberação democrática".

Mesmo por isso, os precedentes não podem regrar perenemente, vinculando por forma sem ventilar as razões que lhe informam, mas devem integrar um diálogo substantivo consistente com uma deliberação democrática. Uma decisão precedente se mostra como um texto que, como os outros e com outros (intertexto), não prescinde de interpretação. É da narrativa dialógica e autofágica de razões que a decisão jurisdicional é construída num processo democrático, sem interdição do debate de razões, mesmo aquelas que já se mostraram vencedoras em litígio anterior. Estas razões gozam de presunção de valência, mas que pode ser ilidida por força de argumentação suficiente em sentido contrário. Lógico que tal proceder reclama um plus argumentativo, mas este é o ônus que a tradição cobra. A tradição aqui são os consensos já logrados, as convenções coletivas já consolidadas pela prática jurídica, a jurisprudência, a súmula, os precedentes, que funcionam como uma ancoragem argumentativa. Aqui muito se aproveita a noção de tradição da doutrina gadameriana, a que se pode ligar o vetor da coerência:

"A coerência diz respeito à continuidade de uma linha interpretativa; de um prestar contas a uma prática já estabelecida, de consensos já formados, de não haver quebra de um entendimento sem o necessário ajuste ou justificativa. A coerência guarda proximidade com a noção de tradição sustentada por Gadamer, como o encontro com decisões passadas repercute no presente e, mesmo por isso, os motivos determinantes devem novamente ingressar no jogo democrático: as razões que se sagraram vencedoras em um primeiro momento devem dialogar com as razões contidas no novo contexto temporal e fático que pretendem continuar regendo" (NASCHENWENG, 2020, p. 198). Todavia, a coerência somente não satisfaz. É preciso o passo além, rumo à integridade, reclamado na doutrina de Dworkin: a ideia de integridade confere às pessoas o direito a um tratamento com igual interesse e respeito. A coerência é mais do que a ausência de contradição lógica entre duas formulações, mas deve "expressar uma visão única e abrangente da justiça" (GUEST, 2010, p. 46).

Enquanto a coerência faz preservar, a integridade intenta perseverar. Preservar passa a ideia de cuidado, de guarda, de mantença. Perseverar tem a ver com prosseguir íntegro na caminhada. A integridade impele para a adequação ao tempo em que se reclama a atuação. A integridade ao mesmo tempo em que une o passado e o presente – atendendo neste passo a coerência – deixa uma brecha para incorporar o intento do

tratamento isonômico, da temporalidade e da percepção dos dados fáticos recolhidos do caso em concreto.

Assim, pontua Sreck, ainda que se trate de padrões complementares no embate entre a coerência e a integridade, vence a integridade. Na esteira da conhecida fantasia de Dworkin atinente ao romance em cadeia Ramires assinala que a integridade veda que o juiz proceda desconhecendo a história institucional, inaugurando uma fala destoada do enredo ou enxertada sem ajuste com a linha de entendimento. Mas veda igualmente que o juiz se acomode em repetir o já decidido, como se procedesse uma reprise do capítulo anterior: aqui também haveria a quebra da continuidade. A integridade não conduz a uma simplificação em seguir o já decidido, mas se constitui em um ônus adicional ao considerar o horizonte da prática jurídica havida até então (RAMIRES, p. 104)

Tal como procedeu González em relação à noção de relato intercalado, podemos fazer em relação à noção de integridade, girando o caleidoscópio para comportar mais de uma abordagem no âmbito de um processo judicial: (*i*) integridade em razão do ordenamento jurídico pode ser examinada desde o princípio voltado ao sistema processual nos termos do art. 926 do CPCivil, consoante a digressão já expendida; (*ii*) a integridade pode ser examinada em razão de que íntegro é o juiz que atua no feito, secundando as previsões constitucionais e infraconstitucionais volvidas a recobrir-lhe a independência e a isenção; (*iii*) por fim, a integridade pode ser considerada desde a postura das partes que atuam no processo sob uma dinâmica cooperativa que, não aparta a tensão inerente ao trato processual, mas constrange a um agir ético de modo a não decair nas sanções pela conduta de má-fé (CPCivil art. 80) ou pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça (CPCivil, art. 77).

De qualquer sorte, o assunto aqui versado exalta a integridade do sistema, a impedir que a tradição se ressuma a um excesso de bagagem (DWORKIN, 2014) de maneira a guardar espaço para a via democrática e legítima da discussão travada no seio de um processo que permite o vencimento de razões: não há decisão sob redoma, não há argumento irrefragável. Nesse entendimento "os precedentes não podem regrar perenemente, vinculando por forma sem ventilar as razões que lhe informam, mas devem estar dispostos, entrar no jogo, participar de um diálogo substantivo que integra uma deliberação democrática. Assim, uma decisão precedente se mostra como um texto que, como os outros e com outros (intertexto), não prescinde de interpretação. No caso brasileiro, mesmo a dicção legal, a partir do art. 489, VI do CPC, não impede a superação, ao reverso: a pre-

vê como possibilidade. A leitura anversa do dispositivo legal informa que um dos casos em que a sentença é considerada como não fundamentada é aquele em que se deixa de seguir precedente sem demonstrar a superação do entendimento" (NASCHENWENG, 2020, p. 232).

De outro lado, a tendência à universalização significa o respeito à história institucional, o anseio à resposta correta. A Constituição comete ao intérprete esta busca. Que o direito não seja indiferente a uma solução ou outra como se fossem possíveis e convenientes igualmente. Há de sempre preponderar um intento pela melhor resposta para aquele caso, conforme um critério interpretativo que rege o direito. Critério este que vai competir com o outro em igual base de valor: em razoabilidade e suficiência. As razões contidas no precedente desfrutam de uma presunção autêntica, uma vez que já se sagraram vencedoras em um dado embate jurídico A melhor resposta é provisória e pode ser vencida por força de razões desde que cumprido o ônus argumentativo para tanto. A coerência ressente desta prestação de contas à melhor resposta que o direito já deu; enquanto que a integridade impele à melhor resposta que o direito pode dar.

4. CONCLUSÕES

Concluindo, insta considerar o movimento uno e trino em que se convola a interpretação, conforme a lição gadameriana a conjurar compreensão-interpretação- aplicação, de modo que a última ação não se desprende das duas primeiras, mas justamente recruta o vento benfazejo da temporalidade e da faticidade para o âmbito da atividade interpretativa. Friedrich Muller, em igual sentido, conforma que o comando normativo deve se mostrar sensível aos dados fáticos recolhidos do âmbito de aplicação da norma. Mesmo por isso, inviável que a definição do direito e do sentido da norma esteja afeta apenas a Cortes de Vértice e que a aplicação seja relegada a cortes e juízos de mera aplicação, donde se tira a noção de precedentes como textos, parâmetros de interpretação, logo, igualmente sujeitos à interpretação.

A compreensão do precedente como diálogo, sob o cuidado da coerência e da integridade, consoa com um sistema jurídico complexo, estruturado e convergente, ao mesmo tempo em que contempla a composição das demandas de modo democrático que não descura da participação dos envolvidos e interessados. A decisão judicial para a qual o precedente é recrutado precisa se voltar para o equilíbrio ótimo havido entre o subjetivo e o intersubjetivo, dito de outro modo, os direitos individuais devem conviver com os consensos já logrados, com os direitos já consagrados em partilha. Em uma sociedade plural, urge lembrar a ode

ao intersubjetivo operada por González, ao tomar a Constituição como o domicilio dos direitos, ainda que complexos, complementares, contraditórios, conviventes: "aquele que fala ou escreve, mesmo em voz divergente, não está sozinho, mas se sente integrante das contradições da tribo". No entanto, a pertinência dos precedentes não deve impedir o cabimento da superação, eis que é um ato tão ínsito ao julgamento quanto o mero seguimento do precedente ou o reconhecimento de uma distinção (esquiva). Assim, a superação se mostra sempre como um possível, ou seja, impende que o intérprete, se empenhe na busca da melhor resposta, ou, na lição de Streck, na resposta mais adequada ao norte Constitucional. Ainda que no direito - no orbe das ciências humanas – ostente um conceito interpretativo, de maneira que a verdade aqui ressai sempre como provisória, logo, superável por melhores razões. Mesmo que não haja xeque-mate, é importante procurar o tesouro, ainda que ele seja inexistente (mesmo, incomprovável).

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELTRÁN, Jordi Ferrer. El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoria del precendente judicial. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; ROJAS, Carmen Vasquez (coord). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério:* formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018.

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

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil*: conceito e princípios gerais, Coimbra: Coimbra, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993.

GONZÁLEZ, José Calvo. *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa*: Un modelo de juego intertextual para el Derecho. Barcelona: Ariel, 1992.

GONZÁLEZ, José Calvo. *El discurso de los hechos*. Madrid: Tecnos, 1993.

GONZÁLEZ, José Calvo. *El escudo de Perseo. La cultura literaria del derecho. discurso de los hechos*. Editora Comares, 2013.

GONZÁLEZ, José Calvo. *Derecho y narración*: Materiales para una teoría crítica narrativista del Derecho. Barcelona: Ariel, 1996.

GONZÁLEZ, José Calvo, *Proceso y Narración*, ed. Palestra, 2020.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin***.** Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2010.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *O novo código de processo civil comparado e anotado.* Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.

NASCHENWENG, Marcelo Elias. *Hermenêutica do Precedente*. O cuidado da coerência e da integridade. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

OTEIZA, Eduardo. El uso del precedente em el diálogo entre cortes nacionales y transnacionales. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; ROJAS, Carmen Vasquez (coord) *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

PEREC, Georges, El gabinete de um aficionado. *Historia de um cuadro.* Barcelona. Ed. Anagrama.2020.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro***.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica; Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo. Editora Unisinos, 2020.

SANTOS, Tomas J. Aliste. Sistema de Common Law. Salamanca: Ratio Legis, 2013. STEIN, Ernildo. Seis estudos sobre Ser e Tempo. Petrópolis: Vozes, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Porto Alegre.Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodivm, 2018.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common Law. Revista de processo, São Paulo, v. 28, n. 110, p. 141-158 abr./jun. 2003.

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2012.



Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"
(Lao Tze)