

DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO

VOLUME III



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



DIALÉTICA
EDITORA

uff
Universidade Federal Fluminense

PROEX
PRO-REITORIA DE EXTENSÃO

ICHS
Instituto de Ciências Humanas e Sociais



Grupo de Estudos em
Jurisdição, Constituição e Processo

SOCEDIR

**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
Marco Aurélio Nascimento Amado
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
Sylvana Lima Teixeira
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO

VOLUME III



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



DIALÉTICA
EDITORA

uff
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 © 2023 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2023 by Matheus 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

Profa. Dra. Milena de Cássia de Rocha
Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira
Prof. Dr. Tiago Aroeira
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

Nathália Sôster

Revisão

Responsabilidade do autor

Assistentes Editoriais

Jean Farias
Larissa Teixeira
Ludmila Azevedo Pena
Thaynara Rezende

Estagiários

Diego Sales
Laís Silva Cordeiro
Maria Cristiny Ruiz



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D442p Desafios e Perspectivas do Direito Processual Civil Contemporâneo /
organização Matheus Monteiro, Getúlio Nascimento Braga Júnior, Larissa
Clare Pochmann da Silva, Marcelo Machado Costa Lima. – São Paulo :
Editora Dialética, 2023.
556 p. = (v. III)

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-252-6455-4

1. Direito Processual Civil. 2. Justiça. 3. Direito. I. Organizadores. II. Título.

CDD 340.1

CDU 34

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 III



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. Getúlio Nascimento Braga Júnior, Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro/RJ), IBMEC (Rio de Janeiro/RJ) e Universidade Candido Mendes (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 Devezas Murias, Universidade de Brasília (UnB).

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. Milton Delgado Soares, Universidade Candido Mendes (Rio de Janeiro/RJ)

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

Profa. Dra. Renata Braga Klevenhusen, 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



SOCEDIR

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 Ibmecc 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 Ibmecc IBMEC).

Larissa Clare Pochmann da Silva

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

Marcelo Machado Costa Lima

Pós-doutor em Direito Constitucional-Econômico pela Università degli Studi “G.D’Annunzio” Chieti-Pescara em cooperação interinstitucional com a Università di Roma Tor Vergata. 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 (UNISAL). Professor da Universidade Federal Fluminense (UFF/VR). Líder do Grupo de Estudos em Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP).

APRESENTAÇÃO

A III Jornada de Direito Processual Civil (II-JDPC-2021), diferentemente de sua primeira edição, mantendo-se nos mesmos moldes de realização da Jornada anterior (2020), em virtude da pandemia da COVID-19, realizou-se de modo integralmente online.

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.

O produto da III-JDPC-2021, 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 12 (doze) 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	Prof. Dr. Matheus Vidal Gomes Monteiro (UFF-VR)
7	Sistema de Justiça e Inovações Tecnológicas	Prof. Dr. Matheus Vidal Gomes Monteiro (UFF-VR)
8	Solução coletiva de conflitos	Profa. Dra. Larissa Clare Pochmann da Silva (UNESA)
9	Aspectos processuais no controle de constitucionalidade	Prof. Dr. Marcelo Machado Costa Lima (IBMEC-RJ/UNESA)
10	Direito Processual Civil Internacional	Prof. Dra. Mariana de Freitas Rasga (UNESA/UVA)
11	Juizados Especiais	Prof. Dr. Milton Delgado Soares (UCAM)
12	Processo Judicial Eletrônico	Profa. Dra. Mariana Devezas Murias (UnB)

É a partir de tais considerações iniciais que podemos afirmar que, no ano de 2021, buscamos com a III-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.

Volta Redonda, 17 de setembro de 2022.

Comissão Organizadora da III 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)
Gabriela Silva Medeiros (UFF-VR)
Dara Gabryelle de Souza Vargas (UFF-VR)
Antonio Diogo Oliveira Herculano (UCAM)
Diego Rodrigues Barbosa (IBMEC- RJ)
Gabriel Peixoto Vinhosa (UNESA-RJ)
Gabriel Pereira da Silva (UCAM)
Maria Clara Dutra Pontes (IBMEC- RJ)
Natália Vasconcellos de Oliveira Farias (IBMEC- RJ)
Nicolle Miranda Araújo (IBMEC-RJ)
Rafael Ferreira de Albuquerque Costa (IBMEC-RJ)
Thiago da Silva Cabreira (UCAM- RJ)
Vinícius Silva do Lameiro (FDUL)

SUMÁRIO

INTERLOCUÇÕES ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E A FENOMENOLOGIA DE HUSSERL PARA UMA JUSTIÇA PROCESSUAL	21
<i>Marcelo Machado Costa Lima</i> <i>Getúlio Nascimento Braga Júnior</i>	
ATIPICIDADE EXECUTIVA, COERÊNCIA E INTEGRIDADE	39
<i>Matheus Vidal Gomes Monteiro</i>	
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUA APLICAÇÃO NA FORMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: REFLEXÕES A PARTIR DO MODELO DEMOCRÁTICO DE PROCESSO	65
<i>Alexandre de Castro Catharina</i>	
AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS E O CONTROLE DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O QUE O ATUAL CENÁRIO EXIGE DO FUTURO ORDENAMENTO?	81
<i>José Luiz Barbosa Pimenta Jr.</i> <i>Cesar Motta Moreira</i> <i>Matheus Martins Alves Pereira</i>	
MEDIAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA: UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE AS BARREIRAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL	97
<i>João Vitor Fontes</i> <i>Livia Fontes</i> <i>Ana Alice De Carli</i>	
A JUSTIÇA NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL	113
<i>Fernanda Bragança</i> <i>Juliana Loss</i> <i>Bruna Bisi</i> <i>Renata Braga</i>	

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO:
PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE** 131

*Gabriel Peixoto Vinhosa
Marcelo Machado Lima*

**MEDIAÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA E INCLUSÃO SOCIAL EM DINÂMICA COM A
JUSTIÇA MULTIPORTAS** 151

*Bianca Oliveira de Farias
Milton Delgado Soares
Angela Barral Bouzas
Luciano Carvalho Christianes*

**RONALD DWORKIN E JEREMY WALDRON – UMA ANÁLISE SOBRE A TEORIA
DO DIREITO E O PAPEL DA JURISDIÇÃO** 169

*Rodrigo Ferreira Prado
Matheus Vidal Gomes Monteiro*

**ACESSO À JUSTIÇA: A RELAÇÃO JURISDICIONADOS JUIZADOS E OS ASPECTOS
FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE COVID** 185

*Marcelo Machado Costa Lima
Bruno Scot Benvenute
Rafael D. S. C. Rodrigues*

**PROVOCAÇÕES JUSFILOSÓFICAS ACERCA DA DECISÃO JUDICIAL:
VALORES E LIMITAÇÕES AO ATO DE DECIDIR** 201

*Thiago da Silva Cabreira
Diogo Luiz Teixeira dos Santos
Gabriel Pereira da Silva
Milton Delgado Soares*

OS PRECEDENTES COMO FONTE DO DIREITO E A VINCULAÇÃO DO ÁRBITRO 219

Heres Silva

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) E GROUP LITIGATION
ORDER (GLO): LIÇÕES PARA O APRIMORAMENTO DA SOLUÇÃO COLETIVA DE
CONFLITOS NO BRASIL A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA COMPARADA** 243

*Larissa Clare Pochmann da Silva
Amanda de Fátima de Oliveira Barbosa*

**(SUB)UTILIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NAS CAUSAS CÍVEIS
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO** 259

Mariana de Freitas Rasga
Anna Laura Feitosa da Mata Palma
Cíntia Carneiro Hernandes
Laiza Alves de Carvalho Pinheiro

**DECISÕES JUDICIAIS NO CENÁRIO DA POLÍTICA JUDICIALIZADA: UMA LEITURA
A PARTIR DE DWORKIN DA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO** 275

Evandro Araújo dos Santos
Rafael Fernandes Gomes Moreira
Fernando de Oliveira Pontes
Marcelo Pereira dos Santos

**A DENÚNCIA UNILATERAL DE TRATADO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS:
ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO JOAQUIM BARBOSA NA ADI N.º 1.625** 291

Mariana de Freitas Rasga
Arthur Lannes Silva

**A VIABILIDADE DA AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA AO SISTEMA
INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS** 311

Mariana de Freitas Rasga
Everson Batista Farias
Yasmim Cristini dos Santos Ribeiro
Morgana Paiva Valim

MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS: LIMITES E EFETIVIDADE 331

Liane Isoldi Linhares

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR):
O EFEITO VINCULATIVO DA DECISÃO PROFERIDA E O SISTEMA
DE PRECEDENTES VINCULANTES** 351

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes
Larissa Clare Pochmann da Silva
Maria Gabriela Borges de Oliveira

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM RELAÇÃO A ADPF NÚMERO 848 365

Marcelo Machado Costa Lima
Maria Clara Dutra Pontes
Kerolin Bezerra dos Santos
Daniel Maçana Serpa

O ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DO ATIVISMO JUDICIAL	387
<i>Luciano Viana Rozal</i> <i>Adriano Moura da Fonseca Pinto</i>	
A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES E O MOVIMENTO DO DIREITO LIVRE À LUZ DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	409
<i>Marcelo Machado Costa Lima</i> <i>Vinícius Silva do Lameiro</i>	
VERBAS ALIMENTARES E A EXECUÇÃO INFRUTÍFERA: UMA ANÁLISE DOGMÁTICA, DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL (NO ÂMBITO DO TJRJ) DA RELATIVIZAÇÃO À IMPENHORABILIDADE COMO FORMA DA PRESTAÇÃO DA EFETIVA TUTELA JURISDICIONAL	431
<i>Andrew Carvalho e Silva</i> <i>Getúlio Nascimento Braga Junior</i>	
ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO OU DECISIONISMO SOLIPSISTA? UMA ANÁLISE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, CRFB	449
<i>Guilherme Sandoval Góes</i> <i>João Pedro Saraiva Leão</i>	
O USO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ATINGIMENTO DOS INTERESSES SOCIAIS E EFICIÊNCIA PROCESSUAL	471
<i>Diego Rodrigues Barbosa</i> <i>André Farah</i>	
A CONVENÇÃO DE SINGAPURA E O TRATAMENTO DA INSOLVÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO	489
<i>Fernanda Bragança</i> <i>Renata Braga</i> <i>Juliana Loss</i> <i>Bruna Bisi</i>	
A INTERFERÊNCIA DO GOVERNO FEDERAL E DA CPI DA COVID-19 NA AUTONOMIA DOS ENTES FEDERADOS: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS DO PACTO FEDERATIVO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	505
<i>Maurício Mota</i> <i>Filipe Moreira Portugal</i> <i>Felipe Liberal Guimarães</i> <i>Getúlio Nascimento Braga Júnior</i>	

**LINGUAGEM TÉCNICO-JURÍDICA PROCESSUAL E OS DESAFIOS DO ACESSO
À JUSTIÇA**

523

Natália Vasconcellos de Oliveira Farias
Getúlio Nascimento Braga Júnior

O DILEMA DA COMPETÊNCIA DE FORO

539

Sarah Boquimpani de Castro
Bruno Lopes Homena
Getúlio Nascimento Braga Júnior

INTERLOCUÇÕES ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E A FENOMENOLOGIA DE HUSSERL PARA UMA JUSTIÇA PROCESSUAL

LIMA, Marcelo Machado Costa¹
BRAGA JÚNIOR, Getúlio Nascimento²

- 1 Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Estácio de Sá. Pós-doutor 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. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa.
- 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). Contatável pelo e-mail ge.bragajunior@gmail.com

RESUMO

O Constitucionalismo compreende, não apenas um modelo, mas uma estética do conformar o Ordenamento Jurídico. A Fenomenologia, embora presente na reflexão jurídica, tem tímido aproveitamento e visitação. O Processo, nesta arquitetura engenha a Justiça no acesso e na dinâmica. A breve resultante da revisão de literatura para pesquisa do constitucionalismo e da fenomenologia para um conceito de Justiça processual tem objetivo de identificar e apresentar os pontos de interlocução e contribuição entre as temáticas. E, ao respeitar o arco do desenvolvimento do constitucionalismo, as variantes autorais da fenomenologia e a Teoria Processual, a proposta de abordagem, manteve-se, quando referida à fenomenologia, nos estudos, sistema e doutrina da última fase de escritos de Edmund Husserl, à qual, autores associam a um período que denominaram ontológico-vitalista. A Fenomenologia constitui, também, nesta abordagem, a doutrina e o método, trabalhando, tanto o parâmetro e os instrumentos de conhecimento, como a problematização para os acessar.

Palavras-chave: Eidética; Redução Fenomenológica; Direitos Fundamentais; Teoria da Justiça; Humanismo.

1. INTRODUÇÃO

Os estudos sobre o constitucionalismo assumiram contornos singulares no reexame de seus objetos, de sua natureza e de sua finalidade. A complexidade de sua construção e do seu desenvolvimento, naturalmente, vai além do teor legislativo, político-institucional e organizatório. Entretanto, a despeito de sua elaborada consistência, seja em uma presumida essência, seja na aparência ou na apresentação da denominada Norma Fundamental, os sobreditos estudos tornaram-se mais familiares, mais próximas do homem médio, em um contexto de diversidades e conflitos que se têm mostrado, progressivamente, mais universais e cada vez mais emergenciais, em que pese, neste contexto, também a globalização e o multiculturalismo, redesenhando formas de reação dentro das sociedades nacionais e nas relações internacionais. Sopesam, ponderam e enfrentam, os recentes textos constitucionais, as pluralidades e as possíveis convergências e divergências da civilização humana. O próprio constitucionalismo, em si, enquanto doutrina, compreende profunda e contínua mudança no constructo constitucional do último século. Ele debruça sobre si, dentro do arco natural do pensamento jurídico que se põem em interseção dos ramos do Direito Público, do Direito do Estado e dos Direitos Civis e o Processual – em especial no Acesso à Justiça – no alvorecer recente dos Direitos Humanos. Estes últimos, elevados à categoria constitucional de Emendas e, portanto, também como norma constitucional, nos termos do parágrafo 3º, elencado no artigo 5º da Constituição Brasileira, quando o Poder de emendar o texto constitucional, assim instituiu que os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, desde que aprovados em dois turnos, em cada Casa legislativa do Congresso Nacional, por três quintos de seus membros, terão a mesma eficácia das emendas à Constituição, compondo assim, o bloco e o parâmetro de constitucionalidade no corpo dos Direitos Fundamentais que, neste teor, positivam Direitos Humanos. Sua arquitetura – a do Constitucionalismo –, deste modo, passou a compreender uma transposição sensorial das ideias, da experiência histórica e antropológica, como um desdobramento, em certa medida, natural, mas sim, considerando os esforços para sua sistematização e doutrina. Seus objetos foram significativamente humanizados – postos em plano de relação não só conceitual, como também fático, com a humanidade –, restando entre outras razões que, sua natureza, já não mais se mostra tão divisada entre o público e o privado, como em dogmática tradicional do Direito Constitucional, anterior ao Constitucionalismo.

O Direito Constitucional, tradicionalmente, não apresentava um projeto de integração normativa, que realizasse a complexa ponderação de institutos jurídicos na redefinição do papel do Estado e de um desenho que envolvesse o indivíduo, a sociedade, a vida, a liberdade, a segurança, a propriedade, enfim, Direitos Fundamentais, aos quais todo *corpus* constitucional, parece referir em sua responsabilidade e tratativa de uma norma cêntrica e irradiadora de parâmetros normativos a afetar o ordenamento como um todo e, por sua importância jurisdicional, compor um novo projeto de justiça, nele envolvido, o Direito Processual. Por assim dizer, sua finalidade, não mais se atém aos assuntos de ordem puramente político-administrativa e, mesmo quando tratando desta matéria, mantém em perspectiva e em tema, a responsabilidade com o programa constitucional inclusivo das matérias mencionadas neste parágrafo.

Em breve e introdutória leitura, quer a presente inquietação textual, promover um traçado interlocutório desse mover constitucional, tendo também em perspectiva, o pensamento fenomenológico de Edmund Husserl na compreensão e hipótese de construção de um conceito de Justiça corroborado pelo Direito Processual. Importa considerar que, em relação a Husserl, a revisão de literatura e reflexão desenvolvida, corresponde, mais precisamente, à última fase de seu sistema e de seus estudos, na qual, ele se mostra preocupado com uma crise da humanidade europeia, a considerar o contexto em que os grandes sistemas colapsam, e de tal modo, que mesmo as utopias de esperança são inviabilizadas no imaginário humano; as estruturas fracassam no grande projeto civilizatório e as grandes conquistas da ciência, não puderam evitar a degradação do senso de semelhança humana e a decorrente marcha de um silencioso e impercebido protocolo de autodestruição do homem pelo homem.

Edmund Husserl, falece em 1938. Judeu alemão, não foi perseguido pelo nazismo, mas após sua morte, o receio de que sua obra fosse destruída pelo Sistema Nacional-Socialista alemão diante da perseguição aos judeus e suas obras, fez com que seus escritos – cerca de 40.000 páginas estenografadas –, fossem transportados para Universidade Católica de Louvain, por seu discípulo Herman Leo Von Breda (KELKEL & SHÉRER, 1982). Os arquivos de Louvain ainda estão sendo vertidos para texto – uma vez que Husserl redigia seus textos em escrita estenografada – como dito acima – e somente conhecida por seus discípulos, que se tornaram os responsáveis por vertê-los. E assim, não se conhece, ainda completamente seus últimos textos, tampouco o fechamento, por completo, de seu sistema, mas a sua recorrente visitação aos textos e temas

que ele, mesmo, elaborou, permite uma compreensão de sua obra, suas preocupações, as categorias por ele criadas, os enfrentamentos, os temas, além é claro, da correspondência que ele travou com intelectuais de seu tempo. Vale dizer, que não apenas seus escritos, mas ele mesmo, proferiu conferências sobre a crise de uma Europa Espiritual – do espírito, enquanto *nous*, grego, isto é, como a forma fundamentalmente motivadora, imaterial, não cativa dos apelos da materialidade predatória, mas reintegradora do humano à sua humanidade. Expôs suas investigações e preocupações em círculos, como o da Academia Britânica e na francesa, onde ocorre a notada exposição sobre as suas meditações cartesianas. Entretanto, apesar de transitar, com esta notoriedade, sua etnia diante do sistema vindouro e da crise anunciada, colocava em risco todo seu trabalho, de modo que, por este motivo, foi levada à Universidade Católica de Louvain, onde permanecem, até hoje os arquivos husserlianos.

É nesse contexto de desesperanças que o Constitucionalismo mais recente será reavido como reavaliação e projeto de civilização, sociedade e Estado. O conhecimento festejado do fim do século XIX e do início do século XX, em verdade, evidenciava outro cenário, a saber, o da lacuna e do distanciamento de uma esfera comum de diálogo e possibilidades de construção, do que a tão sonhada paz, caríssima à face do globo, requeria silenciosamente, prevendo mais um episódio da decadência do ocidente. Neste contexto, o Direito teria, também de passar por uma reformulação, mas mesmo o Direito estaria em uma condição frágil, não apenas pelos sistemas mais político do que jurídico, mas também porque a sofisticação da razão e da técnica, criaram sub-rotinas e variáveis que parecem se haver perdido em todo arco de construções celebradas. A razão e a técnica, em paralelo à ciência e a linguagem, tergiversadas, todas, pelas perdas potenciais – presumidas veladamente aceitáveis –, configuraram um insólito projeto de universalidade e de marcha do progresso, e neste caminho, fazendo avançar a história, mais uma vez, com seus conflitos, deflagrados nas duas Grandes Guerras. Um acompanhador atento, que observando e compreendendo as passagens históricas do último século, dos avanços do conhecimento e dos dois grandes conflitos sobreditos, perceberá que tais contradições se anunciavam e, neste cenário, elementos históricos e diagnósticos filosóficos apontavam a decadência do ocidente, como intitulada, a exemplo, na obra de Spengler, *trata-se da nossa própria decadência, a decadência do Ocidente* (SPENGLER, 1973).

Neste mesmo contexto de crises, a fenomenologia dos últimos escritos de Edmund Husserl, apresenta uma reflexão importante que irá

coincidir com o perfilar de uma composição de demandas que contemplará o constitucionalismo mais recente, neste cenário que se compõe como um ambiente de crise, seja crise da ciência, ou da própria humanidade, enquanto civilização. Humanidade, aqui, entendida enquanto traço que reintegra o humano a si mesmo, em uma chamada de atenção contra às ofensas à vida, à liberdade ao pacto social e contra à fragilização da condição humana, já por demais sensibilizada. Tais configurações de desconstrução conduzem à reafirmação da necessidade de refletir e concretizar direitos, que serão compreendidos como fundamentais e princípios que também fundamentarão as constituições do século XX, como o princípio da dignidade da pessoa humana, em um ponto de, nestas Normas Fundamentais, serem positivados, como é o caso brasileiro, no primeiro título de sua parte dogmática em que registra expressamente, na redação do texto a dignidade da pessoa humana.

É na Viena de 1935, que Husserl profere sua exposição sobre a crise da humanidade europeia e sobre a crise das ciências europeia. Reflete sobre uma Europa que em sua ciência depositava suas mais poderosas e derradeiras esperanças. Vale dizer, antes de qualquer continuidade do texto, que Husserl jamais revogou a ciência, mas, ao contrário, o filósofo e doutor em matemática, a queria como rigorosamente deveria ter sido concebida e integrada a um projeto humano e de valorização da relação da sua vida interior e o mundo das relações, inclusive intersubjetivas ou, por fim, ao que ele categorizou como *mundo da vida* – expressão que provocou a reflexão e abordagem de autores posteriores das mais diversas áreas do conhecimento e do saber, entre elas, na Filosofia e no Direito. Essa preocupação se devia, para além do olhar objetivo sobre o cenário de tensão, à consideração de que a ciência – embora entendida como portadora da verdade e dos destinos –, encontrava-se perdida em meio as sutilezas e abordagens acerca do sujeito, do objeto, do mundo e da natureza, transpondo a realidade em artifícios, em projetos puramente idealizados, despojados de um sentimento de vida, fazendo recordar a Wilhelm Dilthey com seu chamado de que era necessário voltar ao sentimento de vida, porque. *A suma conceitual daquilo que emerge para nós no vivenciar e no compreender é a vida com uma conexão que abrange o gênero humano* (DILTHEY, 2010). Com efeito, uma evidente necessidade de uma nova racionalidade se põe, na medida em que a racionalidade científica das ciências naturais não se aplica aos das ciências do espírito – *Geisteswissenschaften* – e, portanto, uma nova racionalidade também jurídica, concebida na reflexão ontológico-vitalista das recentes transformações do

constitucionalismo e no Direito Constitucional pelos Núcleos Essenciais de uma constituição e dos delineamentos que os Direitos Fundamentais com ela, envolvendo a dinâmica de princípios processuais na convergência das dimensões dos referidos direitos denominados fundamentais.

2. O CONSTITUCIONALISMO: DO DESENHO HISTÓRICO AO DIALÉTICO PARA OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

O Direito e a construção do Processo, compreendem uma cum-plicidade continuada que reúne um contexto maior que o unicamente instrumental. O informar do seu desenho e desenvolvimento, assim como sua estrutura interna são compostos por um todo que retraça em suas linhas e pressupostos, da admissibilidade à execução, ou cautelares medidas, todo em torno da realidade dentro da qual é concebido o Processo, ou que com ela estabelece sua fala. É o mundo em sua força presencial e potencial que requer do processo sua instauração tal como é. Neste mesmo teor lembramos a reflexão de Michele Taruffo, quando de sua abordagem sobre as partes e o todo, na qual o jurista italiano, traz que entre as palavras, frases, parágrafos – como partes – e o todo de um texto tem-se um tema clássico no arco dos estudos da hermenêutica (TARUFFO, 2012, p.85), sustentando que a dialética contínua entre as partes e o texto inteiro e do texto inteiro às partes – círculo hermenêutico – é a dinâmica fundamental de toda a interpretação, como já esclarecera Schleiermacher e, após ele, em seu *Verdade e Método*, Gadamer (GADAMER, 1972, p. 296). Todo contexto afeta, assim, de modos diversos, o pensar, o construir, o desdobrar e os desfechos do processo. Não necessariamente, por uma contaminação substancial, nem tampouco por uma outro prejuízo subjetivo, mas por todo arco de formação do pensamento que abre as perguntas formadoras dos princípios e a elas apresentam as respostas mais estáveis dentro dos desafios do pensar processual. Com efeito, tempos se cruzam pelo que constituem primado de suas orientações e ações. É, em virtude, deste argumento que o substancial dialoga e também se faz dialético como o procedural em um equilíbrio, no qual os dois se preservam e se entrelaçam. Arcos históricos e doutrinas foram afetados e afetaram as demandas e desafios que inscreveram, ou gravaram no dilema humano, temas e procederes que desenham os caminhos para o anseio de segurança das relações, também jurídicas e, por certo, de um ordenamento.

A expressão que redefiniu o pensamento não apenas constitucional, como também jurídico da pós-modernidade e, notadamente, do pós-guerra – o constitucionalismo –, compreende um complexo doutrinário e sistêmico, que remonta ideias que já estão presentes em uma antiguidade, fazendo referência, entre outras construções históricas desse recuo no tempo, à tradição legislação Mosaica no espaço de datação do êxodo judaico, que submetia a figura de Moisés – modelo de chefe de Estado ao consignado nas pedras, como referência normativa de ordem superior, universal e providencial para um melhor o para o mais correto agir humano. O pensamento e a tradição jurídica do ocidente, muito foi influenciada pela cultura judaico-cristã, seja como adoção, ou como mero ponto de reflexão a se considerar na construção da própria identidade moral e jurídica. Importa, naturalmente, mencionar que a presença do helenismo, da patrística, da escolástica, enfim, de toda a arquitetura grega e romana – cada uma em si e no contorno greco-romano – informam e sustentam esse cenário histórico permanente ou, ao menos, recorrente, quando de seus traços vistos por espelhamento de um tempo antigo de discussões sempre tão atuais. Esse desenho, a tradição jurídica ocidental posterior que veremos em momentos posteriores, entre eles, na tradição judaico-cristã, recompondo as expectativas e demandas da conduta humana e sua a relação, entre uma legislação ou norma fundamental, com o chefe de Estado, com o próprio. Mesmo o Estado, como entidade modeladora e expressão de autoridade possui seus traços em culturas humanas que atravessam os dias da história. Com efeito, o trato deste, com o indivíduo e com a sociedade, repõe questões entre legislativo, executivo e a atuação requerida, provocada ou de ofício do judiciário. Em uma reflexão sobre a relação do homem com a cultura e o Direito, Braz Teixeira sustenta que é pelo espírito que o homem se torna capaz de se elevar ao conhecimento e à realização, de criar um mundo não unicamente produzido pela natureza (TEIXEIRA, 2003, p. 113).

Este complexo, condensa o *continuum* sensível de temas atemporais – de problemas humanos e ramos do saber próprios para remediá-los, entre eles, o jurídico processual –, mas, ao mesmo tempo, designa ocorrências episódicas e culturalmente pontuais, em perspectiva, que cruza história e o para além da história que, humanamente, nela se ambienta, com modos de racionalidade, eventualmente, não alinhado ao tempo em que é concebido tal *continuum*, como uma dialética que se sugere natural ou, uma irracionalidade das forças históricas inelutável, ou ainda como

a emergência inevitável de preocupações essenciais, a despeito de ainda não serem conhecidas e compreendidas.

O aspecto histórico do constitucionalismo, assim, compreende a construção do Direito Constitucional no tempo – ainda que não guarde a mesma denominação –, na medida em que seu lugar e suas temáticas vão restando claras ao longo de sua instalação no contexto de Estados que, progressivamente também segue se definindo. A dialética deriva dos desafios contidos no pêndulo da ambivalência de seu papel e alcance entre o puramente administrativo-estatal e, por o outro lado, em direitos referidos como fundamentais que protegem as liberdades e garantem remédios até mesmo para a ameaça ao direito, podendo ser invocado na iminência da ação ou ameaça a essas liberdades. Nesta linha de reflexão, o papel do Estado também é progressivamente desenhado entre suas atribuições como administrativas e daquelas em que ele é o tutelador e garantidor das liberdades. Com efeito, a reflexão sobre um princípio, como o do contraditório, consigo traz o da isonomia, bem como o da liberdade. A ampla defesa – embora seja correlata ao contraditório, com ele não se confunde – compreende as mesmas referências de igualdade e possibilidade do agir em juízo com garantias do devido processo. O poder opor é concebido na realidade em que se admitem ambos em mesmo plano de constituição enquanto sujeitos de direitos. O poder de opor com apresentação probatória ampliada ou de defesa igualmente admitida em Direito, faz referência aos mesmos fundamentos.

3. O CONSTITUCIONALISMO E SUA RENOVAÇÃO

Entre o Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito, A decadência referida na introdução desta breve abordagem anuncia a necessidade revisional do papel do Estado, que neste aspecto renovatório, busca referências silenciadas por sistemas e atos de poder, deflagrando a necessidade de restauração e, daquelas previstas, praticadas ou não, requerendo a renovação, diante, sobretudo, das desumanidades e crueldades praticadas nas duas grandes guerras euro-ocidentais sob a tutela de Estados que, entre as hipóteses, também se havia como Estados de Direito. Assim, em reação à perda de trajetória, a Constituição – pelo constitucionalismo – compreenderá, a partir deste contexto, uma diplomação legal com caráter de norma fundamental, que todas as outras submete, operando, precisamente essa conciliação entre o administrativo do Estado, enquanto ente a gerir sua estrutura e o respeito às liberdades,

juntamente com as garantias correlatas a estes direitos, denominadas fundamentais. A referência a diplomas legais que atenderam à legitimação ou de fundamentação legal para o excesso e a arbitrariedade, seria reelaborada para limitação desse mesmo poder e a atuação no paradigma das dimensões dos Direitos Fundamentais, em especial, dos Direitos Individuais e dos Direitos Sociais. A condição humana constituía, a partir de então, uma premissa para toda outra forma de organização humana, social, política e jurídica. O constitucionalismo mais recente, ou, em certo sentido, o também chamado Neoconstitucionalismo opera a partir das divisas históricas, filosófica e teóricas que definiram com clareza neste cenário de acontecimentos. As referências históricas já foram aqui mencionadas, como sendo registros da crueza desumana, que criaram um cenário de necessária reavaliação dos direitos e do Estado. As referências filosóficas se reorganizam no plano da secular dualidade entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, em uma arquitetura, na qual, a ideia de valor se mantém preservada diante do dogmatismo tradicional do Direito Positivo, criando uma dialética resolvida na assimilação do valor, cujos estudos permanecem na dinâmica dessa delicada integração na composição dos conceitos e do acontecer. A terceira linha definidora do Neoconstitucionalismo, compreende a divisa teórica do constitucionalismo havido na segunda metade do século XX, que consiste na expansão da jurisdição constitucional e, para tanto, em uma nova dogmática constitucional.

O Neoconstitucionalismo, por seu turno, trará, assim, uma composição que levará em conta, o ensino – aprendizado – histórico de que a constituição precisará apresentar contenções ao poder do Estado, ao mesmo tempo e que terá de incorporar em sua pauta os Direitos Humanos e os Direitos Sociais, promovendo o acesso à justiça, seja na reparação, ou mais importante, na iminência e na proteção, prevendo no elenco dos Direitos Fundamentais, além dos Direitos, as Garantias. Em tempo, o Neoconstitucionalismo consagra que a temática do valor seja introduzida de modo a que se possa positivar, assim como os princípios, tal qual é possível ver na dignidade da pessoa humana, expressamente consignada no texto constitucional brasileiro. Tal positivação ocorre ao tempo em que se objetiva elementos materiais ou imateriais que podem ser objeto de proteção jurídica, configurando, portanto, que se trata de um direito, porque se objetiva como valor positivado. Por fim, a divisa teórica, fortemente identificada com a expansão da jurisdição constitucional compreende uma visão teórica, que pressupõe a força normativa da constituição e uma nova interpretação constitucional. O fortalecimento deste

vínculo normativo, desta força normativa, é também o fortalecimento da vida constitucional no cotidiano de cada titular do Poder Constituinte – como no caso do Brasil, por exemplo. Em relação à expansão da jurisdição constitucional, está associada à constitucionalização do Direito, na qual todos os ramos do ordenamento jurídico, têm a necessidade de referenciar a constituição, estabelecendo Tribunais Constitucionais e um Processo Constitucional próprio. A composição destes fatores, somados à nova compreensão do que são as constituições, conduzem ao entendimento lógico de que uma nova interpretação constitucional se estabelece sobre as demais em razão de sua formulação levar em conta a complexa dinâmica de sua estruturação.

4. A FENOMENOLOGIA HUSSERLIANA

As exposições apresentadas no início desse artigo, por assim dizer, muito introdutório, propiciam uma breve aproximação das inquietações e ambiente no qual é concebida a fenomenologia de Husserl (1859-1938). Havia três desafios a serem enfrentados, quais sejam, o saber científico – e com ele seus métodos –, em segundo lugar, a própria teoria do conhecimento e, por fim, a questão humana das relações que, envolvendo as duas primeiras, constroem sua fenomenologia, o mundo circundante e o que Husserl denominou como o *mundo da vida*, cuja expressão, o *lebenswelt* que, como já fora observado neste texto, compôs reflexões posteriores sobre uma possível melhor construção da realidade vivenciada pelo ser humano. Em Habermas, como se pode notar em sua obra de grande densidade – *A Teoria do Agir Comunicativo* –, está expressamente enunciada e em uma perspectiva que se poderia dizer, embora não absolutamente, instrumental, com um modelo de racionalidade dentro do debate da ético e do discurso (HABERMAS, 1981). Em *Direito e Democracia*, pela necessária via do embasamento democrático e discursivo (HABERMAS, 1997), compreende uma presença menos sofisticada, embora também, em ponto de viabilidade para o projeto e o *mundo da vida*, permanece como objeto no seu sistema, a despeito da reavaliação de seu conteúdo husserliano originário, mas enquanto desdobramento diverso daquele que o próprio Husserl havia dado em seu sistema. E essa consideração não implica crítica a pejoar o sistema habermasiano. O que se pretende destacar é a importância do pensamento e da categoria *mundo da vida*, concebidos por Husserl, ainda que trabalhados em perspectiva diversa do fundador da fenomenologia.

A despeito da hipótese de indeterminação de expressões como o *lebenswelt*. A doutrina compreende uma filosofia de rigor que integra todo o trabalho de elaboração do pensamento fenomenológico, assim como a ideia de sistema e a forma como ela é estruturada, isto é, a fenomenologia é uma doutrina ou corrente filosófica que, ao mesmo tempo, compreende suas propostas e categorias, como também, um método de estudo e, por apresentar um método rigoroso, é tomada de empréstimo por muitas outras doutrinas. Assim, essas escolas de pensamento posteriores fizeram uso ou, minimamente abordaram como passagem a um novo nível de estudos da corrente que dela tenha feito uso em perspectiva doutrinária, ou metodológica de investigação e, é neste sentido, que a fenomenologia desenha de uma forma singular de um modelo de Epistemologia e de Teoria do Conhecimento. Assim, como na música de concerto de Bach teria afetado tudo que era feito em composição musical posterior, a fenomenologia de Husserl – seu fundador – também teria se tornado uma referência para muitos dos estudos e forma de estudos. Curiosamente, Husserl faz uma referência musical ao propor uma metáfora para falar das essências, aponta que a Nona de Beethoven pode ter sua melodia executada por uma flauta ou por uma sinfônica, mas sua essência e referência musical permanecerá a mesma. Mesmo antes de sua fundação enquanto sistema, categorias e métodos, Immanuel Kant iria denominar sua Estética Transcendental como uma Fenomenologia Geral.

A fenomenologia é uma expressão que recebeu e ainda recebe um variado número de concepções como, por exemplo, o fenômeno como *a teoria da realidade sob suas diferentes formas*. Esta simplificação é natural, sobretudo, em razão, fundada por Edmund Husserl na virada do século, inaugurada nas *As investigações Lógicas* que, por si mesma, entre sua fundação e seus desdobramentos, também atravessou momentos distintos e fases ou desenvolvimentos, que propiciaram a compreensão de um sistema preocupado com a busca pelo solo originário (HUSSERL, 1969) sobre o qual se poderia, enfim, a humanidade, seriamente recomençar, nos essenciais horizontes de construção da realidade e das relações humanas e sociais. Por esse motivo, conectado a preocupações nas quais também se mantém atento, o estudo constitucional, dentro do pacto entre sujeitos de um mesmo espaço de coexistência, seja com a denominação de contexto social, ou como esfera pública. Em todo arco de possibilidades de conceituar e constituir relações humanas em plano normativo na esfera pública, guardada também a vida privada, constrói-se uma forma de contratar se impõe, para que direitos individuais sejam preservados. Entre as divisas e

fragilidades do universalismo e do multiculturalismo, é possível ver, para além das aparências que, um solo comum é expectado para compreensão e materialização dos projetos humanos de civilização e cooperação, a despeito das inviabilidades sugeridas pelas circunstâncias históricas ou pela descrença em relação à possibilidade de construção de um novo horizonte de direitos, novos direitos, inclusão e debates normativos sobre uma equilibrada orientação reguladora da coexistência humana, bem como o tratamento do Estado de Direito destinado à quebra dessa orientação.

Os estudos filosóficos são, com frequência, interpretados como especulações dissociadas de um sistema, mas o leitor minimamente atento compreenderá, que a Filosofia trabalha com sistemas e que sua presença fecunda permanece em cada segmento ou ramo do saber humano e da realidade, na medida em que, se não por atitude, certamente, por categoria ou sistema, que foi elaborado a partir de um enfrentamento de um problema da realidade, o que afasta também a hipótese de que a Filosofia está restrita ou destinada ao puro campo das abstrações – embora as abstrações tenham seu valor e lugar, uma vez que a própria ciência trabalha com teorias e, como exemplo, a própria lei tem caráter geral e abstrato, por conceitos construídos e antepostos à experiência ou comprovação prática, compreendendo em um conceito, um juízo que se explicaria, por um sistema. É, neste ponto, que se abriga a importância da reflexão, na medida em que, ciências humanas e sociais, não possuem demonstração necessariamente prática para a coerência de seu sistema. Com efeito, a Fenomenologia de Husserl, respeitando um projeto de humanização, mas preocupada com a possível ausência de rigor, propõe um sistema de depuração que compreendesse a responsabilidade de lidar com juízo humano. Husserl, em seu projeto pensava e trabalhava para conceber a Filosofia como uma ciência rigorosa. No rigor de seu sistema e, como já mencionado em linhas introdutórias, a fenomenologia utiliza categorias e métodos próprios. Naturalmente, que não conteriam, aqui, mas, ao menos, duas categorias especialmente importantes podem ser mencionadas no estudo fenomenológico, que contribuem para conhecer tanto sua doutrina como seu sistema e método, quais sejam, a *eidética* e a redução fenomenológica.

A primeira – a *eidética* –, na fenomenologia, compreende uma ciência das essências, o solo fundamental sobre o qual se poderia seriamente começar o trabalho do conhecimento, e a redução que opera o processo de depuração do sujeito e do objeto, envolvidos no processo do conhecimento ou no problema enfrentado pelo juízo humano. *Eidética* ou doutrina das essências compreende uma conceituação que procura

referenciar os fundamentos de um determinado tema, objeto ou assunto a ser compreendido. Essas essências compreendem as preocupações com a natureza originária de toda e qualquer abordagem sobre a qual se pretende pronunciar. Com efeito, perguntas sobre a natureza jurídica compreendem, por sua vez, a relação o essencial de um conceito ao qual se pode denominar instituto jurídico e, para tanto, uma eidética jurídica.

Redução fenomenológica consiste na categoria e método de depuração que conduz a eidética fenomenológica. Em um procedimento que refunda o projeto moderno que procura resolver a questão do conhecimento, isto é, da confiança nas afirmações e conclusões do sujeito acerca do funcionamento e regulação de seus horizontes. A necessidade de um paradigma próprio para a ciência, evidenciava que a proposta de legislar sobre a natureza, carecia de um outro método, como já mencionado em linhas anteriores, como trabalhado na obra de Dilthey, com respeito às ciências humanas. E, em avanço, na fenomenologia, superava-se a dicotomia ou absoluta separação entre sujeito e objeto para certeza e objetividade das conclusões. A fenomenologia substitui o termo relação por interação, que torna possível uma forma de objetividade no plano intencional da consciência voltada para o objeto, em virtude da redução fenomenológica que se opera, tanto no sujeito que visa o objeto, quanto o objeto visado pelo sujeito, e assim, ser compreendido de modo a constituir uma interação.

6. AS INTERLOCUÇÕES PERMANENTES: CONSTITUCIONALISMO, FENOMENOLOGIA, PROCESSO E JUSTIÇA

A propósito da reflexão desenvolvida até aqui, é possível entrever com regular aproximação, ao longo do texto, as matérias constantes do tema sendo tocadas direta, ou implicitamente, nos desafios e interlocuções havidas na estrutura da breve prospecção. Articula-se um diálogo por todo transcorrer do texto, que as categorias e os problemas havidos no constructo histórico, antropológico e filosófico, compreendem as reflexões que se projetam no pensamento jurídico, precisamente, porque este último, não constitui total ou propriamente o solo de origem dos próprios institutos jurídicos, como também não encerra todos os horizontes de possibilidade e de previsibilidade social, em especial, porque, ao se tratar de ciência social aplicada, a orientação jurídica é antes e mais a regulação e resolução, do que a previsão ontológica e conceitual ou discussão metafísica de problemas fundamentais da natureza, cultura e construções

humanas. A natureza jurídica, formadora das primeiras orientações para conhecimento e enfrentamento dos desafios do Direito em sua trama de relação com a sociedade, é própria do Direito e, portanto, a Teoria do Direito, os Princípios Gerais do Direito têm o seu campo próprio, mas os institutos jurídicos, são integrados por conceitos e elementos e discussões que não se encontram presentes no inaugural do pensamento jurídico, nem mesmo no Direito Natural, propriamente dito, embora neste último, haja muita presença de discussões referentes à metafísica e ontologia. As palavras iniciais do presente item, não quer se afastar do texto, apenas divisar que as interlocuções são estruturais e relacionais, isto é, dentro do Direito e dos sobreditos constructos com o Direito.

Renovando as falas anteriores, o constitucionalismo traz ao centro do debate das relações entre indivíduos, das sociais e da natureza do Estado, as questões humanas fundamentais e, neste ponto, todo arco processual – dos princípios à instauração efetiva do processo – as mesmas questões que apontaram para a ampla defesa, contraditório, pressupostos, princípios, legitimidade, interesse de agir, produção da prova, tempestividade, que informam e põem o conceitual humano e seu fático, em perspectiva, retrazendo enfrentamentos na arquitetura do vivenciar jurídico no horizonte das realizações humanas com propósito do êxito justo, a saber, devolvido ao seu estado anterior, quando este é o pretendido, ou ao posterior, quando é o esperado. Neste contexto, a fenomenologia se faz tão presente quanto toda dinâmica jurídica, constitucional e processual, na medida do seu maior trabalho, que compreende o pensar sobre os termos de construção epistêmica e metodológica do processo, bem como de todos os elementos envolvidos nas referências ao mundo da vida husserliano, com sua eidética aplicada tanto como redução para as investigações do método, como para a natureza dos institutos no referido mundo da vida. Por um desdobrar natural, nasce uma justiça processual que conflui e converge por estes termos de preocupação e estatura.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TEIXEIRA, António Braz. *O sentido e o valor do Direito*. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda (INCM), 2003.

DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Trad. Marco Casanova. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

GADAMER, Hsn-Gerog. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: Mohr Paul Siebeck, 1972.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. v. 2. Frankfurt: Suhrkamp, 1981.

HUSSERL, E. *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie*. Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie. (Husserliana, vol. VI), edit. BIEMEL, W., 2a. ed., Hagen: Martinus Nijhoff, 1969.

KELKEL, Arion & SHÉRER, René. *Husserl*. Trad. Joaquim Coelho Rosa. Lisboa: Edições 70, 1982.

SPENGLER, Oswald. *A decadência do ocidente*. Trad. Herbert Caro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1973.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012.

ATIPICIDADE EXECUTIVA, COERÊNCIA E INTEGRIDADE¹

MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes²

- 1 Artigo parcialmente publicado na Revista do Curso de Direito da Universidade Candido Mendes. Vol. 1. N. 1. 2021, p. 131-150.
- 2 Mestre em BioDireito, Ética e Cidadania (UNISAL). Doutor em Direito (UNESA/RJ). Professor Adjunto do Departamento de Direito (VDI) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Líder do Grupo de Pesquisa em Jurisdição, Constituição e Processo (UFF-VDI), membro dos Grupos de Pesquisa A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento (GRUPO IBMEC-RJ) e Tendências do Direito Processual Civil: jurisprudência e precedentes (UNESA/RJ).

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 reprimatizar 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; interpretação.

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 através da metodologia bibliográfica, foram traçadas considerações a respeito dos riscos da não-superação do positivismo de cariz normativista na aplicação do referido dispositivo normativo, não encampando as perspectivas dworkinianas sobre coerência e integridade (também positivadas no CPC/2015, em seu art. 926), 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 E AO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O art. 139, IV, do CPC tem sido visto pela dogmática especializada como sendo um tipo de *cláusula geral processual executiva* (STRECK; NUNES, 2016; DIDIER JR *et al.*, 2020, p. 104), consistindo em espécie de “texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (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 essa indeterminação reforça o poder criativo do juiz (DIDIER JR *et al.*, 2020, p. 104).

A partir desta consideração inicial também existe no âmbito dogmático-processual raciocínio que de forma resumida seria: ora a utilização dessa cláusula geral processual executiva 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 apontada se daria 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.³

Neste contexto, perspectivas ditas pós-positivistas, normalmente autointituladas como *neoconstitucionalistas*⁴ (apesar das inúmeras variações possíveis existentes em sede doutrinária, o que nos impossibilita de integrarmos todas num único movimento constitucional) costumam seguir tal caminho, apesar das inúmeras variações de propostas doutrinárias normalmente circundantes em torno das soluções dos conflitosprincipiológicos.⁵ Assim, tem-se vários títulos: neoconstitucionalismo, pós-positivismo^{6- 7}, novo constitucionalismo, novo direito

3 Vide, por exemplo, perspectiva doutrinária seguida por muitos e aparentemente difundida por Didier Jr, Braga, Oliveira e Cunha (2020)

4 Utilizando o termo *neoconstitucionalismo*, dentre outros autores (e também em diversas outras obras): Miguel Carbonell (2009), Paolo Comanducci (2005), Luis Prieto Sanchís (2009), Santiago Sastre Ariza (2001), dentre outros.

5 Longe de uma possível unanimidade quanto ao termo a ser utilizado para intitular esse novo movimento no cenário jurídico-constitucional, a forma que comumente tem sido utilizada pela doutrina (especialmente de língua espanhola, italiana e portuguesa) é *neoconstitucionalismo*. Tal opção decorre, principalmente, da utilização do prefixo *neo* frente à alegada superação do constitucionalismo moderno. E quanto à sua significação, pulverizam-se as mais diversas, e é sob essa constatação que alguns autores se manifestam sobre a existência não de um, mas de vários *neoconstitucionalismos*, no plural (CARBONELL, 2009).

6 O termo *pós-positivismo* tem sido comumente entregue à criação de Albert Calsamiglia, com importante repercussão no Brasil a partir da obra *Curso de Direito Constitucional* de Paulo Bonavides (MAIA, 2009). Alguns autores como Silva (2009, p. 94), utilizam também o termo *não-positivismo* como sinônimo de *pós-positivismo*, e chegam a propor um *neoconstitucionalismo não (ou pós)-positivista*. Para Schmitz (2015, p. 68), Müller foi quem cunhou o termo “pós-positivismo”, utilizando-o para indicar não a negação do positivismo jurídico, mas a complementação de suas lacunas.

7 Sobre o termo *pós-positivismo* e suas significações, algumas considerações devem ser realizadas, mesmo que sucintamente, pois sua utilização, apesar de confusamente disseminada em solo brasileiro, não encontra mesmo amparo em territórios estrangeiros (DIMOULIS, 2006, p. 48). Conhecida “auto-qualificação” teórica como pós-positivista pode ser encontrada nos adeptos da chamada teoria estruturante do direito (*strukturierende Rechtslehre*) de Friedrich Müller (1938), a qual reivindica a aplicação de determinada metodologia pós-positivista (*nachpositivistische Methodik*), diferenciando-se da metodologia juspositivista clássica acerca da interpretação das normas jurídicas. Sem abandonar as clássicas lições juspositivistas sobre a validade do

constitucional⁸, constitucionalismo de direitos, constitucionalismo avançado, paradigma argumentativo,⁹⁻¹⁰ etc.

Para Moreira (2008, p. 240), por exemplo, tivemos o seguinte percurso: surgimento do positivismo inclusivo, o aparecimento do chamado *pós-positivismo*, e por fim, as diversas matrizes atuais do neoconstitucionalismo. Atualmente, portanto, para o autor, o termo cunhado foi abandonado para se adotar este último.¹¹ De forma diferenciada, propõe

direito (fontes jurídicas estatais, e exclusão de interferências morais), tais adeptos consideram “que a concretização da norma deve ocorrer levando em consideração elementos históricos e sociais e exige que o intérprete desempenhe um papel ativo, atribuindo sentido ao texto da norma (*Normtext*) em virtude de considerações relacionadas com particularidades do caso concreto” (DIMOULIS, 2006, p. 48). O termo vem sendo adotado com um significado moralista e idealista; cronológico, no sentido pós-segunda guerra; referenciando-se ao direito como um sistema aberto de valores; como um ressurgimento da metafísica no direito (DIMOULIS, 2006, p. 48). “Além disso, um exame detido indica que o termo ‘pós-positivismo’ não é exato nem do ponto de vista cronológico. As críticas ao positivismo jurídico não constituem um fato novo, pois estão sendo repetidas, pelo menos desde finais do século XIX. Além disso, muitas das teorias apontadas como pós-positivistas são anteriores à formulação de análises positivistas atuais das últimas décadas. Assim, por exemplo, a abordagem tópica de Theodor Viehweg, tida como pós-positivista, foi exposta em obra publicada em 1953, quase uma década antes da publicação do *opus Magnum* de Herbert Hart *The concept of law* (1ª Edição em 1961) que renovou os fundamentos do positivismo jurídico e originou um amplo debate sobre o sentido dessa teoria que continua até os nossos dias.” (DIMOULIS, 2006, p. 51). Para Abboud (2014), os fundamentos do pós-positivismo devem ser analisados a partir de três pontos: “(a) a diferença entre texto e norma; (b) interpretação do direito deixa de ser ato revelador da vontade da lei ou do legislador; (c) a sentença deixa de ser processo silogístico: ou seja, as questões jurídicas não podem mais ser aplicadas por subsunção”. Registremos, também que para Abboud (2014, p. 54), *neoconstitucionalismo* e pós-positivismo são fenômenos distintos, sendo que os diferencia a partir dos itens acima identificados.

- 8 Para Silva (2009), “novo constitucionalismo” e “novo direito constitucional” constituem expressões sinônimas.
- 9 Os três últimos termos foram utilizados por Maia (2009).
- 10 Figueroa (2009), por exemplo, reconhece como um *neorealismo* ou *neojusnaturalismo*, o resultado da convergência comum de inúmeras perspectivas teóricas diferentes.
- 11 Nas palavras do autor: “O pós-positivismo foi a primeira nomenclatura adotada, apenas uma nomenclatura de transição, que não previa todos os avanços que foram sendo elaborados, sobretudo a preocupação com uma nova teoria do direito. A partir do início do século XXI, com uma proposta de teoria do direito, o neoconstitucionalismo *teórico* ou *normativo* passou a ser um dos sentidos para o neoconstitucionalismo” (MOREIRA, 2008, p. 240). Para Maia (2009), também utilizando o termo *pós-positivista* em trabalhos anteriores, e, em posteriores escritos, ao passar

Streck (2014e, p. 74) o termo Constitucionalismo Contemporâneo com o “sentido de superação e não (mera) continuidade ou complementaridade”, devendo ser compreendido “no interior do paradigma do Estado Democrático de Direito instituído pelo constitucionalismo compromissório e transformador social surgido no segundo pós-guerra”.

Daí, aqueles que se mantêm comprometidos com um efetivo Constitucionalismo Contemporâneo (STRECK, 2014d), com traços pós-positivismo-normativista, devem 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, 2014e).

E essa nova perspectiva, registre-se, “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 acontece a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição), da teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e da teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos)” (STRECK, 2014d, p. 29–30).

Diante desta empreitada não se pode ter dúvidas acerca de quais posturas positivistas deve se superar, pois, adota uma postura positivista: “quem ainda defende que a norma e texto coincidem, ou que são a mesma coisa”; quem entende “que o sentido está nas coisas (realismo filosófico), [ou seja] o mito do dado”¹²; quem admite “que a lei teria um sentido em si”. Todas estas posturas nos remetem à perspectiva de que “a norma já estaria

a utilizar o termo *neoconstitucionalismo*, empregou sentido provisório à antiga denominação. Para Möller (2011) o neoconstitucionalismo analisado como teoria do direito é sinônimo de pós-positivismo.

12 Assim, “a interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que “está” no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já ‘põe’, ou seja,

pronta para o uso por intermédio da subsunção¹³ e dos raciocínios silogísticos no predomínio de uma razão teórica asfixiante”, e a enunciação da lei seria “descolada da faticidade, tornando uma razão autônoma atemporal (por isso digo que positivismo é cronofóbico e factumfóbico)” (STRECK, 2014b, p. 135–136). E, 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.

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,

que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia” (HEIDEGGER, 2012, p. 212).

- 13 Nesse contexto, segue-se seguinte passagem: “Perceba-se o quanto isso é oposto à ideia pós-positivista de a realidade influenciar a interpretação da norma. Para a teoria da subsunção, é o conhecimento sobre um dado linguístico normativo que exercerá influência sobre os fatos, e como consequência a realidade fica subjugada a um segundo plano, dependente do significado que for atribuído à letra da lei. Por outro lado, se for compreendido que dados linguísticos poderão adquirir sentidos diferentes de acordo com peculiaridades fáticas, não poderemos aceitar como legítima uma decisão judicial na qual em primeiro lugar se extrai da lei (ou do texto de um contrato, por exemplo) uma pretendida única interpretação correta, para em momento posterior relaciona-la com a realidade de um caso concreto, aplicação e interpretação do direito, [...] são indissociáveis uma da outra. Na prática, a subsunção e o silogismo são posições extremamente confortáveis ao julgador, pois lhe possibilitam criar significações aos textos interpretados da forma que melhor se adaptar às suas preferências pessoais” (SCHMITZ, 2015, p. 77–78).

não raro, a 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 pretenso critérios e métodos que possam de alguma forma legitimar a defesa de um claro exercício 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*. Defendem, portanto, 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).

Para Kelsen (2003, p. 392–395), 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*.

É possível admitir-se que Kelsen privilegiou “*as dimensões semânticas e sintáticas dos enunciados jurídicos*, deixando a pragmática para um segundo plano: o da discricionariedade do intérprete” (STRECK, 2014e, p. 36). E, diante da metáfora da moldura, Kelsen indica a ideia de uma postura cognitiva quando 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, 2014b, p. 126 e ss).

Reflita-se 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).¹⁴

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.

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”.

14 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).

Portanto, a concepção de direito para Dworkin deve ser entendida a partir do “direito como integridade”, e tal conceito “exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente 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, consistiriam 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 se pode 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 se pode fundamentar a concepção do direito como integridade.

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).¹⁵

Como dito anteriormente, a integridade guarda relação com o princípio da justiça formal, contudo, ampliando-o, no sentido de que se deve entender como diferentes a integridade e a coerência, a partir do que se entende 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 equidade 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). derivam, dos princípios de justiça, equidade 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 mais *horizontal* que *vertical*, e o “sistema de princípios deve justificar tanto o *status* quanto o conteúdo” das decisões anteriores.¹⁶ 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.

15 Conforme o autor, “o juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele”. E os litigantes têm o direito, em princípio, “de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz” (DWORKIN, 1999, p. 263).

16 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).

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 anteriores¹⁷ – e a dimensão da interpretação (ou substância”) – analisando quais leituras possíveis ajusta-se melhor ao romance em desenvolvimento. Resalta-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 (2014c, 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 hermenêuticamente correta* (RHC) que se encontram “integridade e coerência: a tradição filtrada/atravessada pela reconstrução linguística a partir do texto 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, 2014c, p. 413–414).

No cenário nacional Streck (2014c, p. 337) é defensor do que denomina “resposta hermenêuticamente 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 (2014c, 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*”.¹⁸

17 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.

18 Assim: “Destá feita, mediado pela racionalidade hermenêutica fraca, o processo decisório se desenvolve através da internalização de diferentes experiências óticas (texto normativo, elementos factuais e argumentos produzidos), capazes de promover

Trata-se de afirmar que a resposta correta aqui trabalhada traduz uma resposta verdadeira no sentido hermenêutico, em que, fenomenologicamente, descrevemos as coisas como acontecem, sendo que esse sentido depende do horizonte no qual ele pode dar-se, graças à abertura ou o encobrimento próprio da existência que exsurge desse acontecimento hermenêutico. Os conceitos jurídicos (enunciados linguísticos que pretendem descrever o mundo, epistemologicamente) não são o lugar dessa resposta correta, mas a resposta correta será o lugar dessa “explicitação”, que, hermeneuticamente, não se contenta com essa fundamentação de caráter universal, porque nela nessa resposta há um elemento *a priori*, “uma espécie de universo antepredicativo ou pré-conceitual que aí é abordado e pretende aí ser expresso” (essa é a tarefa da interpretação, que explicita esse compreendido). Em outras palavras, a resposta correta é a explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolvermos a ideia do que significa fundamentar, do que significa justificar” (STRECK, 2014c, p. 373). [...] 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)

Esse “novo olhar” para a resposta correta 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 interpretações arbitrárias e discricionárias (STRECK, 2014c, p. 493).

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, 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, 2014c, 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, 2014c, 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, 2014c, p. 365). 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, 2014c, p. 365).

A então RHC, para determinado caso, surge da “síntese hermenêutica da *applicatio*” (STRECK, 2014c, 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, que se busque “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”.¹⁹

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 primeiros autores (STRECK, 2014c, 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

19 Reconhecendo também um “direito fundamental do cidadão”, Schmitz (2015, p. 170).

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, 2014c, p. 127).

Portanto, apesar das diferentes propostas, Dworkin, Günther, Gadamer, e Streck²⁰ (a partir da construção de sua perspectiva especialmente 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, 2014c, 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, tanto Dworkin, quanto Gadamer, não defendem qualquer forma de solipsismo (STRECK, 2014b, p. 433–434). 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, 2014c, p. 368). A resposta correta é uma metáfora, e a partir disto, “estabelece-se a convicção (hermenêutica) de que

20 Esclarece Streck (2014c, 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 incidibilidade entre interpretar e aplicar”, e a superação do esquema sujeito-objeto. Por isso, defende que ambas as teses são antidiscricionárias, o que as 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).

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, 2014c, 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 direito*, de maneira que, fundamentalmente, ambas as teorias são antime-tafísicas” (STRECK, 2014b, p. 436).²¹

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.

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.

21 Para Abboud (2014, p. 483), tem-se requisitos mínimos para a construção da resposta correta: (i) Identificar precisamente a facticidade insita 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 é 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.

Infelizmente, parece que no momento executório há um afastamento da necessidade de atendimento ao art. 489, §1º, do CPC.²²

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).²³ Relembrem 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 execução.

22 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.

23 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). Relembrem os autores a decisão no Processo 4001386-13.2013.8.26.0011, divulgada à época no site Migalhas (2016b).

*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, ainda, o cancelamento dos cartões de crédito do executado até o pagamento da presente dívida. [...]* ²⁴*

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

Assim, é preciso atentar-se que qualquer aplicação prática do Direito, qualquer aplicação de dispositivo normativo deve transcender às perspectivas clássicas que têm sido apontadas como ‘métodos’ interpretativos, não raro indicando superficialmente a Constituição Federal como paradigma principal de análise (ou filtro), ou sequer procedendo à sua análise na interpretação realizada.

Nesse sentido, uma efetiva postura teórica que busque a ruptura com o PJ deve pretender “a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição” (STRECK, 2014b, p. 134). Por isso:

Tenho que somente poder ser chamada de pós-positivista uma teoria do Direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo, tanto na sua forma primitiva (exegético-conceitual), quanto na sua forma normativista-semântico- discricionária. A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática (veja-se a crítica que Habermas faz à razão prática eivada de solipsismo). (STRECK, 2014a).

E, caminhando para linhas conclusivas é sempre importante a reafirmação de que pode ser considerado um positivista jurídico “quem

24 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.

defende que a norma e texto estão absolutamente descolados”; quem entende que “diante da plurivocidade dos signos linguísticos o sentido estaria na subjetividade do intérprete”; quem entende “que a partir da vontade o sujeito solipsista teria livre espaço para dizer o direito e buscar o justo, mesmo que *contra legem*, no predomínio de uma razão pragmaticista incontrolável”. Ainda pode-se afirmar que, resumidamente, tais adeptos acabariam por reconhecer que “o direito seria aquilo que os juízes dizem que é”, ou seja, “se no exegetismo *lato sensu* as respostas antes das perguntas estavam na norma geral, no positivismo normativista e variantes axiologistas as respostas estão já de antemão na vontade do intérprete” (STRECK, 2014b, p. 136).

Em resumo:

a) apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista... ou pode não ser, depende do modo como entendemos a linguagem; b) do mesmo modo, não apegar-se à letra da lei pode caracterizar uma atitude positivista ou antipositivista (ou, se quisermos, pós-positivista ou não positivista); c) por vezes, ‘trabalhar’ com princípios [...] pode representar uma atitude (deveras) positivista; d) utilizar os princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais - sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) ou de uma interpretação que guarde fidelidade à Constituição - é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD de Kelsen, quanto homenagear, tardiamente, o positivismo discricionário de Herbert Hart (e de seus sucedâneos mais radicais, como os ‘neoconstitucionalismos’). [...] Não é mais possível continuar com a dicotomia ‘juiz boca da lei’ *versus* ‘juiz dos princípios’ ou verberar ‘axiomas’ como ‘não é mais possível defender a letra da lei’ e que ‘aqueles que invocam a literalidade da Constituição ou da lei *lato sensu* buscam repriminar o positivismo exegetico.’ (STRECK, 2014b, p. 137)

Neste panorama, diante das considerações anteriores e propondo uma ruptura do positivismo jurídico com a admissão séria de um Constitucionalismo Contemporâneo, a partir de uma nova postura crítica, é preciso que se abandone posturas discricionárias na interpretação/decisão, para que se desenvolva o permanente aprimoramento no âmbito da prática jurídica da busca pela coerência e integridade na jurisdição, com a efetivação da *resposta hermeneuticamente correta*, em casa momento processual executivo, a cada decisão interlocutória fixadora de meios exe-

cutivos destinados à satisfação do credor, afinados com todo o panorama normativo constitucional brasileiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Admite-se, 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, registre-se) 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*, necessita-se de interpretações comprometidas com a coerência e a 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 compromissos teóricos com posturas realmente pós-positivistas, que exponham no âmbito interpretativo-decisório suas verdadeiras faces e propostas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Discrecionalidade 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. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo : un análisis meta-teórico. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Núm. 16, abril 2002, [s. l.], 2005. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc44605>

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.

FIGUEROA, Alfonso García. A Teoria do Direito em Tempos de Constitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 143–165.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

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

MAIA, Antonio Cavalcanti. Neoconstitucionalismo, Positivismo Jurídico e a Nova Filosofia Constitucional. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3–28.

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*. [S. l.], 2016b. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/245189/passaporte-e-apreendido-para-forcar-homem-a-quitar-divida>. Acesso em: 1 abr. 2021.

MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O momento do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 233–246.

MOTTA, Cristina Reindeolf. *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*, [s. l.], n. 10/04/2018, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/opinioao-juiz-arauto-moral-limites-politicos-execucao>

ROVER, Tadeu. Contra estudantes, juiz autoriza uso de técnica de tortura usada pela CIA. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, [s. l.], 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.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 123–158.

SASTRE ARIZA, Santiago. *Sobre el papel de la ciencia jurídica en el Estado constitucional*. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, [s. l.], v. 35, p. 349–355, 2001.
SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, Pós-Positivismo e Democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 93–127.

STRECK, Lenio Luiz. A ponderação e a subsunção são inconsistentes. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, [s. l.], n. 26/04/2014, 2014a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>. Acesso em: 28 abr. 2021.

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

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

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, 2014d. 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*, [s. l.], n. 01/11/2016, 2016. Dis-

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

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

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o art. 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, [s. l.], 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.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUA APLICAÇÃO NA FORMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: REFLEXÕES A PARTIR DO MODELO DEMOCRÁTICO DE PROCESSO¹

CATHARINA, Alexandre de Castro²

- 1 O artigo retrata os resultados parciais da pesquisa realizada no âmbito do Observatório de Cultura Jurídica Processual e Democratização do Processo, vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Estácio de Sá.
- 2 Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Estácio de Sá. Pós-doutorando em Direito Processual pela UERJ. Doutor em Sociologia pela Universidade Cândido Mendes. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Advogado. E-mail: alexandre.catharina@hotmail.com.br.

RESUMO

O trabalho tem como escopo analisar os possíveis impactos da aplicação da Inteligência Artificial no Processo Civil, mas especificamente na formação das decisões judiciais. É inegável que o uso das tecnologias na administração da justiça pode possibilitar maior celeridade e racionalização da atividade judicial. Entretanto, se faz necessário ponderar sobre as possibilidades e limites da aplicação da Inteligência Artificial na formação da decisão judicial, principalmente em relação a intensidade do contraditório e as possibilidades de controle intersubjetivo. Esta reflexão é ainda mais necessária num modelo cooperativo e democrático do processo. Considerando que a aplicação da Inteligência Artificial na formação das decisões judiciais ainda é embrionária, os resultados parciais do estudo em andamento sugerem a necessidade de se estabelecer parâmetros normativos inequívocos sobre as hipóteses em que se admitirá, na prática judiciária brasileira, o uso da Inteligência Artificial na elaboração de decisões judiciais, assegurando a plena cooperação e contraditório em todas as etapas da formação da decisão judicial. A pesquisa é exploratória e a técnica de pesquisa empregada é qualitativa-documental, lastreada na análise das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça e na descrição dos programas de Inteligência Artificial utilizados em alguns tribunais brasileiros.

1. INTRODUÇÃO

A aplicação da tecnologia no processo civil vem se desenvolvendo de forma gradativa no Brasil. A implementação das medidas de isolamento social no período da pandemia da Covid-19 contribuiu para acelerar os processos institucionais voltados para a inserção da tecnologia no âmbito dos tribunais brasileiros. A Resolução nº 25 de 19/02/2020 do CNJ, que criou o Laboratório de Inovação para o processo judicial eletrônico, por meio da inteligência artificial, foi revogada pela Resolução nº 395, de 07/06/2021, que estabelece uma Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário, cujo escopo é muito mais amplo.

A edição de Resoluções do Conselho Nacional de Justiça sobre utilização da inteligência artificial no Poder Judiciário aumentou significativamente no período da pandemia. Algumas são emblemáticas. A Resolução nº 332, de 21/08/2020, dispõe sobre parâmetros éticos de governança e transparência na produção e utilização da inteligência artificial nos processos judiciais. Trata-se, portanto, de importante marco normativo sobre a construção dos algoritmos aplicáveis nos procedimentos judiciais. Por outro lado, a Resolução nº 345, de 09/10/2020, dispõe sobre os juízos 100% digitais através dos quais todos os atos processuais serão praticados, preferencialmente, de forma virtual.

Este movimento normativo, voltado para o aprofundamento do uso da inteligência artificial nos processos judiciais, traz importantes questões sobre a aplicação desta tecnologia no processo civil. Ressaltamos pelo menos três delas. A primeira diz respeito à possibilidade de o CNJ editar Resoluções sobre Direito Processual Civil. A aplicação da inteligência artificial em processos judiciais não pode prescindir deste debate, sobretudo em razão da competência constitucional da União para legislar sobre direito processual.

A segunda se relaciona com a observância das prerrogativas da advocacia no uso das tecnologias aplicadas ao processo civil. O uso das tecnologias não pode, em nenhuma hipótese, violar as prerrogativas da advocacia. A terceira questão diz respeito ao objeto do presente trabalho. Admite-se decisão judicial lastreada em inteligência artificial em nosso ordenamento processual? Quais são os limites e as possibilidades da utilização da inteligência artificial na formação das decisões judiciais? Como assegurar a cooperação e construção democrática da decisão judicial proferida por meio desta tecnologia?

Neste contexto, o objetivo deste trabalho é mapear as Resoluções do CNJ que dispõem sobre a possibilidade de elaboração de decisões judiciais por meio de inteligência artificial como também os programas de tecnologias dos tribunais brasileiros que admitem decisões judiciais proferidas por meio de inteligência artificial, de modo a identificar, em que grau a ampla participação, o contraditório intensificado e democratização do processo decisório são assegurados normativamente.

É exatamente neste escopo que o trabalho se justifica. Não restam dúvidas no sentido de que o avanço da tecnologia contribuirá para o aprimoramento da atividade jurisdicional. Entretanto, o uso das diversas tecnologias, em especial a inteligência artificial, não pode descuidar das normas fundamentais do processo civil e das garantias processuais constitucionais, principalmente na formação das decisões judiciais. A ampliação do rol dos provimentos jurisdicionais vinculantes no art. 927 do CPC, exige maior participação e cooperação dos sujeitos processuais, o que revela a densidade do processo decisório, que não pode ser considerado pelos tribunais que implantarem a inteligência artificial para elaboração de decisões judiciais.

Há que se estabelecer, de forma inequívoca, os casos em que se admitirá, no processo civil brasileiro, a aplicação da inteligência artificial em decisões judiciais e, nestes casos, como se realizará a cooperação e controle intersubjetivo do processo decisório. A proposta do trabalho é trazer algumas reflexões para este importante debate.

Trata-se de pesquisa exploratória, considerando que se cuida de temática incipiente na processualística brasileira. A metodologia de pesquisa empregada é qualitativa, assentando-se na análise de textos normativos de modo a compreender como a temática deverá ser abordada pelas instituições judiciárias. Por fim, a abordagem será dedutiva o que possibilitará fazer algumas inferências sobre aplicação da inteligência artificial nas decisões judiciais.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL – MARCO REGULATÓRIO

A ampliação do uso da tecnologia no direito processual civil iniciou no final da década de 1990 e se intensificou na década de 2000 com a implementação do processo judicial eletrônico levada a efeito pela Lei nº 11.419/2006. O uso da tecnologia vem contribuindo para dar maior racionalidade na administração da justiça, reduzir o acervo dos tribunais e obter a duração razoável do processo. Segundo noticiou a Presidên-

cia do Superior Tribunal de Justiça³, houve uma revolução tecnológica na Corte o que possibilitou a redução do acervo de 314.796 processos para 266.537, o que representa considerável redução de 15% do acervo no período de 29/08/2018 a 03/08/2020³. Essa revolução tecnológica é, em verdade, uma importante mudança paradigmática com significativa repercussão na prática judiciária e relevante implicação nos institutos fundamentais na teoria geral do processo. A tecnologia, portanto, vem ocupando um espaço importante no processo civil e na prática judiciária.

Neste contexto, se faz necessário diferenciar tecnologia de inteligência artificial. Pode-se dizer que tecnologia é um gênero, conceito amplo em que diversas tarefas são automatizadas permitindo que atividades repetitivas sejam realizadas por máquinas ou programas de computador. Não há atividade cognitiva por meio da tecnologia. Podemos citar como exemplo o processo judicial eletrônico, audiências virtuais nos juizados especiais (Lei nº 13.994/2020), julgamento virtual no Superior Tribunal de Justiça (art. 184-A do Regimento Interno do STJ), entre outros.

A inteligência artificial é uma espécie de tecnologia em que há processos cognitivos por meio de máquinas. Segundo Luís Manoel Vale, o conceito de inteligência artificial não é unívoco, mas pode ser compreendida como a capacidade de sistemas computacionais realizarem ações que exigem esforço cognitivo (VALE, p. 451). Assim, é possível criar um programa de inteligência artificial, alimentado por algoritmo⁴, que é capaz de identificar situações específicas e tomar decisões. É evidente que as decisões são tomadas a partir das instruções (algoritmo) dadas pela atividade humana, mas a partir destas instruções a Inteligência artificial desenvolve atividades cognitivas com relativa autonomia.

Diante deste quadro, se faz importante ampliar o debate sobre a aplicação da inteligência artificial em processos decisórios no âmbito do Poder Judiciário. Antes de avançar na discussão sobre a aplicação da inteligência artificial na formação das decisões judiciais importante analisar uma questão preliminar. É possível aplicar esta tecnologia em processos judiciais sem observar o primado da reserva legal?

3 Notícias do STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>. Acesso em 25 jan. 2022.

4 Para Luís Vale (2021) algoritmo é o conjunto de instruções que são vertidas a um sistema computacional para que chegue a determinado resultado.

Não há nenhuma legislação que regulamente como deve ser a formação de decisões judiciais por meio da inteligência artificial. As inovações tecnológicas aplicáveis ao Poder Judiciário, com reflexos no processo civil, estão sendo normatizadas pelo Conselho Nacional de Justiça. Para um segmento da literatura processual não há como se implementar julgamento por meio de inteligência artificial sem que haja legislação prévia sobre o tema (BAHIA, 2021). Não se trata de um debate meramente acadêmico, pois há questões práticas importantes em jogo, como por exemplo a utilização equivocada de um precedente judicial ou a aplicação inadequada de um dispositivo legal. Há programas, como Athos e Sócrates, no Superior Tribunal de Justiça, que atuam na admissibilidade recursal, o que exige uma importante reflexão processual sobre juiz natural em sede de recursos.

Embora o Código de Processo Civil determine, no art. 194, que os sistemas de automação processual respeitarão a publicidade dos atos, o acesso das partes e de seus procuradores, inclusive nas audiências e sessões de julgamento, não há um regramento específico para aplicação da inteligência artificial nas decisões judiciais. Por essa razão se faz necessário um aprofundamento doutrinário de modo a alinhar a virada tecnológica às garantias processuais constitucionais. É neste sentido que Dierle Nunes (2021, p. 20) discorre sobre a necessidade de se forjar uma teoria sobre tecnologia de interesse público, de modo a conciliar os avanços tecnológicos com as normas fundamentais do processo civil.

Em razão do déficit normativo acerca da aplicação da inteligência artificial, as Resoluções do Conselho Nacional de Justiça estabelecem os parâmetros iniciais sobre o uso da inteligência artificial nas decisões judiciais. A Resolução nº 332, de 21/08/2020, é o principal marco normativo, por assim dizer, sobre a aplicação da inteligência artificial na atividade jurisdicional, em especial nas decisões judiciais. Neste sentido, o art. 2º dispõe que a inteligência artificial visa promover o bem-estar dos jurisdicionados e a prestação equitativa da jurisdição.

Pode-se afirmar, a partir da compreensão da referida norma, que a hermenêutica que deve nortear a aplicação das regras concernentes à inteligência artificial no âmbito jurisdicional precisa, necessariamente, observar o julgamento justo, democrático e isonômico. Esta compreensão decorre da interpretação sistemática do art. 4º e 5º da Resolução que determinam, respectivamente, que a aplicação da inteligência artificial

em processos decisórios deve observar os direitos fundamentais e assegurar a segurança jurídica e a isonomia⁵.

Além de traçar os princípios gerais, a referida Resolução estabelece os principais conceitos utilizados nos modelos decisórios baseados na inteligência artificial. Conforme disposto no art. 3º, I, da Resolução, algoritmo é sequência finita de instruções executadas por um programa de computador, com o objetivo de processar informações para um fim específico. O modelo de inteligência artificial, nos termos do art. 3, II, pode ser entendido como conjunto de dados e algoritmos computacionais, concebidos a partir de modelos matemáticos, cujo objetivo é oferecer resultados inteligentes, associados ou comparáveis a determinados aspectos do pensamento, do saber ou da atividade humana.

Interessante observar que a Resolução define de forma detalhada quem é considerado usuário do modelo de inteligência artificial. Considera-se usuário a pessoa que utiliza o sistema inteligente e que tem direito ao seu controle, conforme sua posição endógena ou exógena ao Poder Judiciário, pode ser um usuário interno ou um usuário externo (art. 3º, IV). As partes e seus advogados são considerados usuários externos, consoante o disposto no art. 3º, VI, o que viabiliza, em tese, maior controle intersubjetivo em relação à aplicação da inteligência artificial no âmbito dos tribunais brasileiros.

Os dispositivos da Resolução nº 332 de 21/08/2020 mencionados acima e os que serão analisadas abaixo são essenciais para assegurar a aplicação isonômica, cooperativa e democrática da inteligência artificial nas decisões judiciais enquanto a temática não for tratada, de forma adequada, por lei específica. Ressalta-se, ainda, que as Resoluções do Conselho Nacional de Justiça são consideradas atos normativos primários, equiparadas às leis, conforme posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, sob a relatoria do então Ministro Carlos Ayres Brito, o que permite maior controle intersubjetivo na aplicação da inteligência artificial pelos tribunais.

5 Além de observar o tratamento isonômico, a Resolução determina em seu art. 6º que se deve ter cautela com os dados sensíveis como raça, religião e orientação política, nos termos da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), e o segredo de justiça. Trata-se de importante regra a ser observada pelos modelos de inteligência artificial.

3. APLICAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS DECISÕES JUDICIAIS

O Código de Processo Civil de 2015 instituiu um amplo e complexo modelo decisório que contempla estabilização das tutelas antecipadas antecedentes (art. 304), sentenças parciais (art. 356) e um extenso rol de provimentos jurisdicionais vinculantes e precedentes judiciais⁶ (art. 927). Este amplo e diversificado modelo decisório tem como eixo normativo articulador o teor do art. 489, §1º, que determina que toda e qualquer decisão judicial deve ter fundamentação qualificada e estruturada de modo a permitir o adequado controle intersubjetivo.

A complexidade do referido modelo decisório vem sendo objeto de profundas discussões tanto na prática judiciária dos tribunais como também na seara doutrinária. À guisa de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, no julgamento do Recurso Especial nº 1.765.579/SP, no sentido de que o juiz não precisa enfrentar todos os argumentos articulados pelas partes contrariando o disposto no art. 489, §1º, IV, do CPC.

No campo doutrinário, a publicação de estudos e pesquisas sobre decisão judicial na vigência do Código de Processo Civil vem aumentando consideravelmente. A obra intitulada *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil*, de Carlos Frederico Bastos Pereira (2019), faz uma interessante articulação entre as teorias da decisão judicial divergentes no contexto do processo civil brasileiro contemporâneo, o que demonstra o quão complexo é o modelo decisório vigente.

É neste contexto que a inteligência artificial vem se concretizando no processo civil, provocando importantes debates e reflexões, como foi apontado acima. Entretanto, a despeito da necessidade de melhor compreensão da temática, por parte da literatura processual, diversos tribunais já estão utilizando a inteligência artificial para prática de certos atos processuais e julgamento de conflitos judiciais. Alexandre Moraes da Rosa e Bárbara Guasque (2021, p. 98) traçaram um amplo panorama dos projetos de inteligência artificial em funcionamento nos tribunais brasileiros, dentre os quais destacamos os que tratam de elaboração de

6 A distinção entre provimentos jurisdicional vinculante e precedentes judiciais foi feita por nós no artigo A eficácia dos precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça: análise de sua aplicabilidade no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. v.7 n. 2, 2019. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/5235/pdf>. Acesso em 22 jan. 2022.

decisões judiciais, o que nos permite dimensionar, ainda que superficialmente, em que grau e intensidade o modelo vem sendo utilizado.

O Projeto Clara, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, realiza leitura de peças processuais e elabora propostas de decisões. O Projeto Radar, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, estabelece tecnologias para identificação de demandas repetitivas, o que possibilita a edição de precedentes judiciais qualificados. O SIGMA, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, elabora minuta decisões para julgamento de recursos.

No âmbito dos tribunais superiores, o Projeto Victor⁷, do Supremo Tribunal Federal, aplica a inteligência artificial para análise da repercussão geral por meio de cessamento da linguagem. No Superior Tribunal de Justiça, o Athos⁸ viabiliza a identificação de grupos de processos idênticos e semelhantes para o procedimento de julgamento de recursos especiais repetitivos⁹.

Considerando o papel do Superior Tribunal de Justiça na formação de precedentes judiciais e provimentos jurisdicionais vinculantes, o que é fundamental para a estabilidade da jurisprudência em todos os tribunais brasileiros sobre matéria infraconstitucional, se faz necessário compreender, ainda que brevemente, a dinâmica de funcionamento do Athos.

A Emenda Regimental nº 24 de 2016 promoveu substancial modificação no funcionamento do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à formação das decisões judiciais com força vinculante. A redação do art. 121-A do Regimento Interno do STJ, dada pela referida Emenda, dispõe que os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, nos termos do art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos juízes e tribunais.

O Regimento Interno criou uma categoria jurídica própria, denominada precedentes qualificados, que contempla o conjunto das principais

7 O nome do projeto homenageia o Ministro Victor Nunes Leal que foi afastado do Supremo Tribunal Federal pelo Ato Institucional em 1969.

8 O nome do Programa é uma homenagem póstuma ao Ministro Athos de Gusmão Carneiro, falecido em 2014, que muito contribuiu para o desenvolvimento do processo civil brasileiro.

9 O STJ utiliza também o sistema Sócrates que realiza as atividades de sugestão de jurisprudência, sugestão de precedentes, identificação de termos relevantes e agrupamento de metadados.

decisões proferidas no âmbito do tribunal. Por essa razão, se faz necessário sistematizar de forma apropriada este conjunto de decisões proferidas diariamente. É neste contexto que o Athos se insere. O Programa exerce três distintas e importantes atividades, quais sejam: monitoramento, agrupamento de processos e identificação de temas repetitivos.

Em termos práticos, através do sistema de inteligência artificial Athos o tribunal instituiu um sistema de triagem processual antes da distribuição dos recursos especiais para seus respectivos relatores, de maneira a indicar para afetação, para julgamento repetitivo, o recurso representativo da controvérsia. O sistema de inteligência artificial auxilia o presidente da Comissão Gestora de Precedentes do tribunal na escolha do recurso paradigma, destacando informações importantes sobre a tese jurídica a ser fixada, o impacto estimado da tese no STJ e as eventuais uniformidade ou diversidade sobre a temática nos tribunais.

Feita a triagem, o recurso especial paradigma será distribuído ao relator que ficará prevento para os demais recursos com questões idênticas após a instauração do rito de recursos repetitivos. Como bem explicam Paulo de Tarso Sanseverino e Marcelo Marchiori (2021, p. 820), o sistema Athos dá suporte à Secretaria de Jurisprudência para indicar ao presidente da Comissão Gestora de Precedentes recursos especiais representativos da controvérsia em que a matéria já esteja pacificada no tribunal ou que apresente justificadamente eventual necessidade de *distinguishing* ou *overruling* dos precedentes qualificados.

É evidente, portanto, que o Athos realiza atividades essenciais no processo decisório no contexto dos recursos especiais repetitivos. A importância deste sistema foi assinalada no julgamento do Recurso Especial 1.798.831 onde se destacou que o Athos identificou 298 recursos especiais e agravos em recursos especiais em hipótese idêntica à ventilada no referido recurso.

Retomando a análise acerca da aplicação da inteligência artificial na formação das decisões judiciais, importante salientar que os projetos e sistemas mencionados acima foram concebidos no âmbito dos tribunais para viabilizar a aplicação da tecnologia no gerenciamento de seus respectivos volumes de processos. Cada tribunal mencionado utiliza programas de inteligência artificial para superar seus próprios pontos de congestionamento e não há, numa primeira análise, uma articulação entre eles.

Embora a utilização da tecnologia seja uma tendência na processualística contemporânea, deve-se evitar que a utilização da inteligência

artificial na formação das decisões pelos diversos tribunais brasileiros se distancie da premissa estabelecida no art. 2º da Resolução nº 332 do CNJ, que é a prestação equitativa da jurisdição. É nesta linha de análise que se deve observar o modelo democrático de processo instituído pelo Código de Processo Civil de 2015. Se faz premente compatibilizar o uso da inteligência artificial na tomada de decisão com o modelo cooperativo (art. 6º do CPC) e com o imprescindível controle intersubjetivo por meio da fundamentação qualificada das decisões judiciais (art. 489, §1º do CPC).

Se na atividade judicante realizada por seres humanos é possível identificar vieses cognitivos que interferem na justiça da decisão judicial, os riscos poderão ser potencializados no julgamento por meio de inteligência artificial. É exatamente neste sentido que o art. 7º da Resolução nº 332 dispõe que as decisões judiciais apoiadas em ferramentas de Inteligência Artificial devem preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e a solidariedade, auxiliando no julgamento justo, com criação de condições que visem eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos.

Assim, identificado o viés discriminatório, o modelo deve ser corrigido, nos termos do art. 7º, §2º. Se não houver possibilidade de eliminação do viés discriminatório, a utilização do modelo deve ser interrompida (art. 7º, §3º). Por essa razão, o julgamento por meio de inteligência artificial não pode prescindir de procedimento em contraditório, cooperativo e democrático¹⁰. Em perspectiva similar, Luís Manoel (2021, p. 462) propõe, a partir do art. 28 da Resolução nº 332, um modelo cooperativo de construção dos algoritmos, o que possibilitará maior publicação e controle sobre a legitimidade constitucional da decisão judicial proferida por projetos de inteligência artificial.

Os aspectos mencionados acima sugerem a necessidade de se dar tratamento normativo acurado à aplicação da inteligência artificial na formação das decisões judiciais. Enquanto não houver legislação processual específica sobre a temática, o procedimento decisório tecnológico poderá ser adotado em casos simples e repetitivos, observando as normas fundamentais do processo civil de modo a assegurar a observância das garantias processuais, em especial a democratização do procedimento e a coope-

10 O conceito de processo civil democrático utilizado no trabalho tem como premissa a intensa atuação das partes e de todos os sujeitos que serão afetados pela decisão judicial (*amicus curiae*) no processo decisório. Não se trata de simples contraditório, mas de viabilizar a construção democrática da decisão judicial. Este perspectiva ganha maior relevo no modelo decisório vinculante proposto pelo CPC.

ração. Em sentido semelhante, Engelmann e Kirschner (2020) admitem o uso da inteligência artificial para a tomada de decisão em casos fáceis.

O devido processo tecnológico deve assegurar às partes o acesso aos algoritmos utilizados na formação do modelo, como também os critérios empregados para sua atualização. Deve-se assegurar às partes e a sociedade civil organizada maior atuação na elaboração de modelos, inclusive, com sugestões de algoritmos. Por outro lado, é fundamental informar aos jurisdicionados quais casos foram julgados por inteligência artificial e qual modelo foi utilizado. A democratização do processo decisório tecnológico tem amparo nas normas fundamentais do processo civil (arts.6º e 10 do CPC) e no próprio conceito de usuário externo especificado no art. 3º, VI, da Resolução nº 332.

Em relação ao emprego da inteligência artificial para dinamizar a prática dos demais atos processuais não há maiores implicações. Para Dierle Nunes (2021) o uso da tecnologia e da inteligência artificial para identificar os gargalos da atividade judicial e viabilizar a adaptação do procedimento em determinadas causas pode ensejar resultados satisfatórios. Neste contexto, a tecnologia pode contribuir muito para o ajuste procedimental de modo a dar mais efetividade ao processo.

O que se sustenta neste trabalho é, em síntese, o seguinte: a) A inteligência artificial vem trazendo benefícios em relação à administração da justiça, principalmente quando utilizada para identificar os pontos de congestionamentos processuais ou mesmo nas execuções fiscais, seja indicando os casos em que ocorreram a prescrição ou ainda buscando bens penhoráveis do devedor. Nesses casos, seu uso deve, inclusive, ser ampliado; b) Em relação ao uso da inteligência artificial na formação das decisões judiciais deve-se observar o devido processo tecnológico, que deve ser tratado de forma ampla e detalhada em legislação específica, mas na ausência de regra específica o devido processo tecnológico, que assegura a democratização do procedimento, decorre da interpretação das normas fundamentais do processo civil e dos princípios da Resolução nº 332 de 21/08/2020.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal conclusão do trabalho é no sentido de que o avanço da inteligência artificial não é incompatível com os princípios da efetividade do processo e da cooperação. Embora o sistema seja utilizado para se reduzir o acervo dos tribunais e alcançar, em algum grau, a duração

razoável do processo, é possível assegurar procedimentos decisórios cooperativos e democráticos nos casos complexos. Para tanto, se faz necessário estabelecer com clareza qual etapa do procedimento a inteligência artificial pode ser aplicada, assegurando o amplo e intenso contraditório em todos os casos em que for empregada.

O julgamento de demandas através de sistema inteligência artificial, como vimos, requer maior acúmulo de conhecimento sobre o funcionamento da ferramenta como também é imprescindível a reformulação da teoria geral do processo para contemplar o devido processo tecnológico e o modelo democrático de processo. A teoria da decisão judicial deve ser revisitada, também, para se estabelecer parâmetros claros de maneira a viabilizar sua legitimidade e controle intersubjetivo.

Apesar da necessidade de maior aprofundamento teórico e prático sobre o uso da inteligência artificial nas decisões judiciais, este modelo já vem sendo aplicado na prática judiciária de diversos tribunais. Com efeito, para assegurar a plena observância das garantias processuais constitucionais, a utilização do modelo de julgamento por inteligência artificial, em casos simples e idênticos, deve seguir os princípios da Resolução nº 332, de 21/08/2020, do CNJ e as normas fundamentais do direito processual civil sob pena de nulidade, nos termos do art. 489, §1º do Código de Processo Civil.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Alexandre. Reserva legal e a implantação do juiz-robô no Brasil. In *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1.798.831/SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900447820&dt_publicacao=09/10/2019. Acesso em 27 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade* nº 12/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Julgado em 20/08/2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em 27 jan. 2022.

CATHARINA, Alexandre de Castro; ALMEIDA, Viviane Helbourn de. A eficácia dos precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça: análise de sua aplicabilidade no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. v. 7 n. 2, 2019. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/5235/pdf>. Acesso em 22 jan. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 332*, de 21 de agosto de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em 27 jan. 2022.

ENGELMANN, Wilson; KIRSCHNER FRÖHLICH, Afonso Vinício. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA À DECISÃO JUDICIAL: o papel dos algoritmos no processo de tomada de decisão. **Revista Jurídica (FURB)**, [S.l.], v. 24, n. 54 (2020), p. e8274,dez. 2020. ISSN 1982-4858. Disponível em: <<https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/8274>>. Acesso em: 28 jan. 2022.

NUNES, Dierle. Virada tecnológica no direito processual e as etapas do emprego da tecnologia no direito processual: seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia. In *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2019.

ROSA, Alexandre de Moraes da; GUASQUE, Bárbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021.

VALE, Luís Manoel Borges do. A busca por um modelo cooperativo de construção algorítmica e o problema da aplicação automatizada de padrões decisórios vinculantes. In *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso; MARCHIORI, Marcelo Ornellas. O projeto Athos de inteligência artificial e o impacto na formação dos precedentes qualificados no Superior Tribunal de Justiça. In *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021.

AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS E O CONTROLE DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O QUE O ATUAL CENÁRIO EXIGE DO FUTURO ORDENAMENTO?

PIMENTA JR., José Luiz Barbosa¹

MOREIRA, Cesar Motta²

PEREIRA, Matheus Martins Alves³

1 Doutor, Universidade Estácio de Sá, jlbpimentajr@gmail.com.

2 Mestre, Universidade Estácio de Sá e Fundação Getúlio Vargas, cesarmotta@hotmail.com.

3 Mestre, Universidade Estácio de Sá e Fundação Getúlio Vargas, matheusmpereira@gmail.com

RESUMO

O estudo se debruça sobre o Projeto de Lei 10.887 de 2018, transformada na Lei Ordinária 14.230 de 2021, que promoveu alterações nas normas sobre a improbidade administrativa. A pesquisa, então, avança com a metodologia do estudo bibliográfico, jurisprudencial e do conteúdo da nova Lei, esmiuçando suas intenções e entrando nos debates que surgem, com o objetivo de obter uma radiografia sobre algumas questões processuais em jogo. Os resultados apontam para o fato de que era indispensável a inovação legislativa, ante a necessidade de ajuste da antiga Lei, mas com alguns cuidados no que diz respeito às alterações das normas processuais. A nova Lei, que busca uma conciliação entre o efetivo combate à improbidade administrativa e as garantias do acusado, não poderá servir, ao final, para se tornar um retrocesso legislativo ao acesso à justiça e a efetividade do processo.

Palavras-chave: Processo Civil; Solução Coletiva de Conflito; Ações Coletivas; Serviço Público.

1. INTRODUÇÃO

No dia 15 de junho de 2021, a Câmara dos Deputados aprovou regime de urgência para o Projeto de Lei 10.887 de 2018, posteriormente transformado na Lei 14.230 de 2021, que causou uma revisão geral na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e, dentre as mudanças, destacam-se, para este artigo: a previsão da legitimidade ativa privativa do Ministério Público e a previsão textual do acordo de não persecução civil.

Com esse panorama, surge a necessidade de uma nova checagem frente ao rito da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347 de 1985), correlacionando-o com a nova Lei de Improbidade Administrativa, permitindo a visualização da legitimidade extraordinária ativa do atual ordenamento jurídico brasileiro. O estudo tem como propósito, destacar as limitações quantitativas aos atores envolvidos nesse processo, cabendo, após referida checagem, se debruçar sobre a qualidade destes sujeitos processuais.

Uma das primeiras grandes discussões que se travou quanto aos atos processuais vinculados às questões da improbidade administrativa, foi a respeito da judicialização ser realizada através de uma Ação Civil Pública ou, ao revés, por uma espécie própria, denominada Ação de Improbidade (MANCUSO, 2016).

No cenário atual, é amplamente divulgada a tese que aponta para a existência de um microssistema de tutela coletiva (MENDES, 2014), razão pela qual os dispositivos da Lei da Ação Civil Pública eram utilizados nas demandas cujas causas de pedir abrangiam atos de improbidade administrativa.

Esse, portanto, era considerado o instrumento processual adequado para a reparação das condutas ímprobas, pois “*conferiu ao Ministério Público a possibilidade de defesa do patrimônio público, por meio da ação civil pública, o que veio a ser disciplinado pela Lei nº 8.429/92 – conhecida como Lei de Improbidade administrativa*” (MAZZILI, 2017, p. 246).

Agora, na forma do novo artigo 17, § 16 da Lei 14.230 de 2021, a ação de improbidade administrativa se afasta da ação civil pública, podendo, apenas, haver a conversão de uma na outra, caso inexistente todos os requisitos da primeira.

O estudo, neste diapasão, possibilitará saciar parte da necessidade imanente no que tange as demandas que envolvem o atual cenário da improbidade administrativa no País, pós alteração legislativa, e seus possíveis impactos numa sociedade moderna e disruptiva, apontando, ao

final, sobre a qualidade da alteração legislativa no que diz respeito aos dois temas eleitos para a abordagem desse estudo, quais sejam, legitimidade e acordo de não persecução civil.

2. METODOLOGIA

A metodologia empregada baseou-se, fundamentalmente, na pesquisa bibliográfica, anterior e posterior ao advento do Código de Processo Civil 2015, bem como no estudo detalhado do Projeto de Lei 10.887 de 2018 e a sua transformação na Lei 14.230 de 2021. A alteração do ordenamento da Lei de Improbidade Administrativa, enseja reflexos na Lei da Ação Civil Pública e, portanto, no próprio microsistema de tutelas coletivas.

A metodologia também abrangerá o estudo de casos julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que envolvam questões polêmicas sobre o procedimento da Ação Civil Pública aplicada aos casos de atos de improbidade administrativa, ressaltando as suas peculiaridades.

3. SOCIEDADE DISRUPTIVA

O Direito Disruptivo fornece nova visão para a Regulamentação e Regulação, com o fim de se evitar riscos e contingências nascidas com o social e refletidas em complexidades sociais (NICOLESCO, 1996) que exigem uma pluralidade de saberes para alcançar os problemas sócio-jurídicos e assim serem desenvolvidas efetivas estratégias jurídicas para a sociedade (CERUTI, 1995), possibilidades próprias da Matriz Pragmático Sistêmica (ROCHA, 2013).

A pluralidade de saberes ocupa um espaço fundamental junto à contemporânea Teoria do Direito na construção do saber jurídico, pois transforma a epistemologia predominante, superando-a para uma visão de um paradigma complexo-reflexivo, propício para lidar com a complexidade social fruto dos efeitos da globalização, pujantes de um redimensionamento dos espaços públicos e privados, influenciando diretamente nos espaços jurídicos, tanto na regulação quanto na regulamentação, possibilitando assim novos espaços em uma sociedade plural e em rede (DINIZ, 2020).

A Ciência Jurídica, através do Direito Disruptivo, atua na criação de atmosfera capaz de se projetar os caminhos e estratégias jurídicas a serem seguidos no futuro, tendo como base as experiências jurídicas do

presente e do passado, na busca de possibilitar o convívio humano junto às Tecnologias, o qual reduza as contingências sociais conflituais. Para que o Direito Disruptivo alcance às complexidades sociais criadas pelas Tecnologias Disruptivas, sem que haja sacrifícios dos valores humanos, mostra-se necessário uma combinação colaborativa entre o que é privado na formação e produção de regulação, e o que é público, na produção de regulamentação. Desta interação entre regulação (direito nascido das relações privadas) e regulamentação (direito estabelecido pelo Estado) deve-se observar sempre elementos de eticidade junto às complexidades causadas pela disruptividade.

A direção da Tecnociência não pode ser guiada por valores ultrapassados de poder, controle e exploração. Frente a esse cenário, acaba-se repensando a produção do Direito, refletindo diretamente na formação das políticas públicas e a efetivação de direitos pensados desde os Direitos humanos e pela ética, contribuindo diretamente em uma melhor produção do conhecimento jurídico, por uma nova racionalidade mais sensível ao homem e ao seu mundo em uma era tecnológica, onde o Direito deve buscar manter e resgatar nas relações valores como harmonia social e ambiental, cooperação e aprimoramento mútuo, para que o Direito continue a ser uma “técnica de humanização da técnica” (SUPIOT, 2007).

Assim, para superar a barreira dos modelos mentais restritivos, o pensar Direito precisa de ferramentas, ou intervenções, para entender como seus modelos mentais determinam uma visão fixa e restrita da inovação, levando a estratégias incrementais de produtos e a rejeição, ou má administração, de inovações potencialmente disruptivas. Conhecer atributos de inovação disruptiva permitirá que o Direito melhore sua estrutura e capacidade de processos, mas faz-se necessário aumentar a eficiência no gerenciamento e compartilhamento de conhecimentos quando do desenvolvimento de leis, processos ou serviços, de forma a garantir o êxito.

4. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA

O agente público que pratica um ato de improbidade administrativa será punido de acordo com as sanções da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Tal Lei trouxe um inegável avanço no dever de cuidado com o patrimônio público, dando uma maior eficácia ao artigo 37, § 4º da Constituição Federal de 1988.

O combate a corrupção deve ser permanente, utilizando-se os mais diversos mecanismos existentes e, quando não existentes, a imaginação

humana deve servir como instrumento capaz de criá-los, utilizando-se em muitos casos da tecnologia.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira pontua o seguinte:

O combate a corrupção, portanto, depende de uma série de transformações culturais e institucionais. É preciso reforçar os instrumentos de controle da máquina administrativa, com incremento da transparência, da prestação de contas e do controle social. Destaca-se, no plano normativo, a institucionalização de mecanismos de controle de probidade na gestão pública, tais como a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) e a Lei 12.846/2013 (Lei Anti-corrupção) (Neves e Oliveira, 2018, p. 6)

Os mecanismos de contenção à corrupção podem estar inseridos dentro do âmbito administrativo, através do controle interno exercido através dos competentes processos administrativos ou, ainda, através do controle externo, através de demandas propostas junto ao Poder Judiciário.

O tema é muito importante para a sociedade, lembrando-se que a repressão à corrupção pode ser feita de forma preventiva ou repressiva. Preventiva, por meio da valorização da ética na Administração Pública, e repressiva, na aplicação efetiva de um conjunto de leis denominado “Bloco de Combate a Corrupção” (Melo, 2018, p.1).

A Lei de Improbidade Administrativa, compõem esse bloco de combate a corrupção, trazendo normas de direito material, referente ao modo de atuação e penalização do agente público e, ainda, normas de direito processual, com vistas a obtenção do acesso à justiça e efetividade do processo judicial.

O acesso à justiça, é sempre bom dizer, não diz respeito tão somente a existência de previsão legal e aparelho estatal dedicado ao recebimento de denúncias ou processos judiciais, pois essa aparelhagem deve estar apta a entregar a tutela jurisdicional de forma efetiva, sem demoras excessivas ou julgamentos precoces, ou seja, obedecendo-se ao devido processo legal.

Destacando a intimidade do acesso à justiça com o devido processo legal, Humberto Dalla destaca o seguinte:

“o princípio representa, sob este último aspecto, um conjunto de garantias constitucionais (ou o núcleo central da maioria das garantias processuais) destinadas a assegurar às partes a participação, com o exercício de suas facultades e poderes processuais, bem como a legitimidade do exercício da jurisdição. Decorrem dele outros importantes princípios processuais, como o princípio do contraditório, o da ampla defesa e o da duração razoável do processo, também consagrados em sede constitucional” (Bernardina de Pinho, 2017, p. 94).

Uma legislação nunca é definitiva, capaz de promover o acesso à justiça, de forma efetiva, para todo o sempre, porque a sociedade muda e, dentro dessa mudança, aparecem situações fáticas que sequer eram possíveis de imaginar no momento do processo legislativo de criação da norma.

Com o rompante tecnológico, essas mudanças ganham velocidade, razão pela qual o Direito não pode parar, sob pena de ficar a margem da realidade vigente no momento.

Ajustes, portanto, são necessários. Assim como uma doença muda e os remédios precisam de correções, as leis precisam inovar para alcançar e remediar as novidades dos esquemas de corrupção. O objetivo é melhorar a efetividade do processo judicial, com maior repressão aos atos de improbidade sem, contudo, esquecer das necessidades de garantias individuais. Um grande desafio!

Após 28 anos de vigência da atual legislação, novas normas jurídicas, que dialogam com o tema improbidade administrativa, foram promulgadas. O Código de Processo Civil de 2015, a Lei Anticorrupção, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Somam-se, ainda, entendimentos jurisprudenciais sobre os casos mais recorrentes sobre improbidade administrativa.

O Projeto de Lei 10.887 de 2018, transformado na Lei 14.230 de 2021, anunciou que seu objetivo era ajustar o avanço no combate à corrupção e improbidade, mas com maior atenção ao devido processo legal e garantias do acusado. Para obter essa finalidade, a nova Lei promoveu alterações na antiga Lei, sendo uma delas a legitimidade ativa para a propositura dessas demandas.

O novo artigo 17 da Lei de improbidade estabelece que o Ministério Público será o único legitimado a propor ações de improbidade administrativa, excluindo a legitimidade da pessoa jurídica interessada, que agora somente poderá intervir, na forma do § 14º desse artigo, após o

ajuizamento da demanda. A legitimidade das associações civis continua afastada e a do cidadão limita às ações populares.

Essa redução dos legitimados causa certo espanto, já que vem na contramão dos estudos sobre a necessidade de expansão dos legitimados ativos nas Ações Coletivas, conforme destacado por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes:

“não se pode, entretanto, deixar de reconhecer, nas palavras do eminente processualista italiano, a correta preocupação em torno da concentração de poderes e atribuições nos órgãos do Estado, ainda quando providos de independência funcional. As ações coletivas, como invocado por Vincenzo Vigoriti, representam a ampliação da participação da sociedade no processo e devem, por isso, estabelecer padrões comportamentais condizentes com indivíduos esclarecidos e organizados. Para tanto, o quadro de legitimados deve continuar a ser ampliado, para que se configure uma realidade ainda mais pluralista e aberta à participação e ao acesso à Justiça”. (Mendes, 2014, p. 261)

A limitação dos legitimados ativos, aptos a proporem a Ação Civil Pública contra atos de improbidade administrativa, vem na contramão dos estudos sobre as soluções coletivas de conflitos, que buscam, portanto, na grande parte dos casos, a sua expansão.

Encontramos estudos no sentido da ampliação da legitimidade ativa, por exemplo, para contemplar a possibilidade do cidadão, após comprovada a existência de certos requisitos, substituir um grupo, em juízo, através da legitimidade extraordinária (SILVA, 2013 e ROQUE, 2013). Uma pequena amostra isolada dessa legitimidade do indivíduo, no ordenamento jurídico nacional, é da Ação Popular.

Quando se analisa a Lei, esta restringiu a legitimidade ativa, ou seja, ao invés de buscar uma ampliação dos legitimados, trouxe uma diminuição do rol, indicando, dessa vez, a legitimidade exclusiva do Ministério Público.

Essa alteração, quando analisada com cuidado, não aponta para nenhuma nova garantia aos acusados, mas tão somente uma diminuição do acesso à justiça, ante a diminuição de pessoas aptas a proporem demandas com o objetivo de conter e punir os atos de improbidade.

5. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL

Dessa legitimidade exclusiva, parte-se para o tema correlato do acordo de não persecução civil, já que esse somente poderá ser “negociado” por aquele que detém legitimidade para propor as referidas demandas.

A nova Lei possibilitou, mesmo que mediante rígidas balizas limitadoras e expressivo regramento, a transação nas ações de improbidade administrativa, ao revés da conhecida e questionável vedação existente no texto legal anterior.

No antigo sistema era expressamente vedada a celebração de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa, a teor do então § 1º do artigo 17 da Lei 8.429/1992.

Tal disposição já se mostrava imprópria, quando analisada em um contexto mais abrangente, que passou a regular, como já dito, o combate à corrupção em nosso País, na medida em que, na prática, gerava distorções, por exemplo, quando celebrado acordo de colaboração premiada, com base na Lei 12.850/2013 e sua posterior alteração estabelecida na Lei 13.964/2019, em desfavor do réu, por possível *punição bis in idem*.

Note-se, a título de reflexão, que na hipótese de prolação de decisão liminar de indisponibilidade de bens ou condenação de mérito, poder-se-ia caracterizar, no curso da ação civil pública proposta por ente ministerial que não tenha pactuado, verdadeiro *bis in idem*, na medida em que poderia passar o Réu a sofrer duas sobrepostas punições baseadas na mesmo objeto apuratório, considerando a devolução/perdimento/pagamento das vantagens obtidas pela prática do ilícito confessado, conforme venha a ser prevista na celebração do acordo de colaboração premiada.

Seguindo-se nesta linha de reflexão, tem-se o inicial aperfeiçoamento do modelo de composição, através da possibilidade de ser celebrado acordo na esfera da tutela de proteção ao patrimônio público, especificamente nas lides que se discute a existência de atos de improbidade administrativa, por força das mudanças inauguradas e promovidas pelo autointitulado pacote anticrime (Lei 13.946/2019), com incidência na Lei 8.429/92, no atinente à admissão do acordo de não persecução civil.

Neste cenário, mostra-se importante adentrar na caracterização de ambos os institutos, principalmente quanto às respectivas naturezas

jurídicas, seja do acordo de colaboração premiada, seja do acordo de não persecução civil, segundo o posicionamento de Renato de Lima Castro:

“Tanto o acordo de não persecução cível em sentido estrito como a colaboração premiada na improbidade administrativa tratam-se de negócios jurídicos bilaterais. Há, todavia, na colaboração premiada, a negociabilidade de todos os seus termos, o que não ocorre no acordo de não persecução cível, que possui finalidades distintas e limitações consentâneas com a natureza deste instituto”. (Castro, 2020, p. 235)

Na dicção da Lei, este acordo de não persecução civil deve atender a proveitos mínimos que pelo menos contemplem o integral ressarcimento do dano e a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, dependendo, ainda, de circunstâncias materiais e externas à vontade das partes contratantes, como por exemplo, a manifestação do respectivo ente federativo interessado.

Digo de nota é a singular clareza quanto ao momento de celebração deste instrumento de composição administrativa, que vem certamente a facilitar sua efetividade, tendo em vista que por permissivo legal sua celebração poderá se dar em qualquer fase processual e mesmo antes de se formar a lide, havendo no texto legal a previsão de que tal ocorra *no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória*.

Agora, com a citada possibilidade de se estabelecer o acordo de não persecução cível, já como a roupagem dada pela Lei 14.230 de 2021, certamente será construído, tanto pela melhor Doutrina especializada, seja pela melhor jurisprudência a ser firmada pelos Tribunais Superiores⁴, um sistema que contemple e não sobreponha a aplicação dos dois citados instrumentos de composição.

4 Este caminho está aberto no Supremo Tribunal Federal, que de início vem se debruçando sobre a matéria maior de pano de fundo do direito invocado e consistente na utilização do acordo de colaboração premiada e sua repercussão no âmbito civil, em que pese o respectivo precedente ainda por ser analisado não tratar especificamente do instituto do acordo de não persecução civil, tendo em vista ser a lide anterior a aludida alteração legislativa. Eis: “CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE E VALIDADE EM ÂMBITO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

Ainda sobre o tema, vem-se apontado pela viabilidade da repercussão dos efeitos do acordo de colaboração premiada no âmbito das ações de improbidade administrativa, como meio de se imprimir, inclusive, maior segurança jurídica, mesmo antes da presente alteração legislativa, sendo voz na Doutrina a lição de Inês da Trindade Chaves de Melo:

“Logo, conclui-se que, além de ser possível, é viável celebrar acordos de colaboração premiada no bojo das ações de improbidade administrativa, e não apenas aproveitar o instituto decorrente de uma ação penal, utilizando-se como base o procedimento da própria Lei 12.850/13 (arts. 4º e 7º) – Organizações Criminosas -, que traz maior aplicabilidade e repercussão no que tange à colaboração, até a alteração legal da Lei de Improbidade Administrativa. (Melo, 2018, pag. 167)

Outro ponto subjacente de conteúdo processual que certamente demandará atenta apreciação de nossos Tribunais, consubstancia-se na aplicação ou não da *máxima* prevista no Direito Administrativo Sancionador, consistente na *retroatividade da norma sancionatória mais benéfica ao Réu*, por analogia ao Direito Penal, sendo certo que a este respeito o Ministério Público Federal já se posicionou contrariamente⁵.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As barreiras ao acesso à justiça são de longa data debatidas, lembrando-se das famosas ondas renovatórias (CAPPELLETTI, 2002), passando pela criação de diversas normas jurídicas, até chegarmos aos dias

1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, § 1º). 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC. (STF - RG ARE: 1175650 PR - PARANÁ 0058049-91.2015.8.16.0000, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 25/04/2019, Tribunal Pleno - meio eletrônico, Data de Publicação: DJe-093 07-05-2019)

5 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção ORIENTAÇÃO Nº 12/5ª CCR Assunto: Diretrizes iniciais sobre a Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que alterou a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. In: <http://www.mpf.mp.br/pgpr/documentos/PGR00413785.2021Orientao12.20215CCRLIA.pdf>. Acesso em 27/12/2021, às 21:43h.

de hoje, em que o volume desmesurado de processos no Brasil, aliado a uma tímida utilização da tecnologia, causam um quase colapso do sistema judiciário.

Não há dúvidas que o desejo de Justiça precisa ser orientado pelo respeito às garantias individuais dos acusados, sendo o desafio da legislação pesar esse princípio através das ideias de acesso à justiça e efetividade da tutela jurisdicional (BEDAQUE, 2016 e ANDRADE, 2013).

É nesse tom de voz que se iniciou a discussão no Congresso Nacional sobre a necessidade de alteração da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429 de 1992), culminando na promulgação da Lei 14.230 de 2021, que promove significantes modificações no texto daquela.

A grande distinção, tratada nesse artigo, diz respeito a legitimidade ativa, agora privativa do Ministério Público, com o consequente fato processual de que somente esse poderá celebrar os acordos de não persecução civil, esse agora positivado.

Para os demais interessados, somente retou a Ação Civil Pública, já que o novo artigo 17, § 16 da Lei 8.429 de 1992 traz distinção entre essa e a Ação de Improbidade, mesmo que em colisão com o que a doutrina vinha estabelecendo.

Perdeu-se, portanto, uma ótima oportunidade de alargar o complexo de pessoas legitimadas à defesa da probidade e, ao revés, procedeu-se a sua diminuição, talvez sem qualquer justificativa plausível.

Um abrandamento dos possíveis efeitos negativos dessa diminuição de legitimados, poderia ser obtido através da legitimidade superveniente de outros sujeitos, fazendo com que esses, a princípios impossibilitados de demandar, o poderiam fazer caso o Ministério Público se mantivesse inerte⁶.

Entretanto, pelo visto, o objetivo da nova legislação foi realmente alijar toda e qualquer possibilidade de atuação de outros legitimados, salvo o Ministério Público, correlacionando, sem qualquer justa razão, a Ação de Improbidade com as ações penais privativas do *parquet*.

O momento, portanto, é de reflexão e acomodação da nova legislação, sendo que os resultados futuros dirão se tais alterações foram corretas ou se procederam um retrocesso legislativo.

6 A processualista Larissa Clare Pochmann da Silva detalha com precisão e riqueza de detalhes a questão da legitimidade superveniente (SILVA, 2013, p. 164)

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina BATISTA EID, Elie Pierre (coords.). *Garantismo procesual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-39.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CASTRO, Renato de Lima; *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 77, jul./set. 2020, págs. 209-235.

CERUTI, Mauro. *El mito de la omnisciencia y el ojo del observador*. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. *El ojo del observador. Contribuciones al constructivismo*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995

DINIZ, Janguê. *Inovação em uma Sociedade Disruptiva*. Ed. Novo Século (NS), 2020.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 14ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELO, Inês da Trindade Chaves de. *Questões atuais e controvertidas na ação de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assunção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende: *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, 2018.

NICOLESCO, Basarab. *La Transdisciplinarietà. Manifiesto*. 1ª ed. México: Multiversidad Mundo Real Edgar Morin, 1996

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de: *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A legitimidade do indivíduo nas ações coletivas*. Rio de Janeiro: LMJ jurídico, 2013.

ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da Auto-Observação. Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea*. 2ª ed. Ijuí: Unijuí, 2013.

ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class Actions. Ações coletivas nos estados Unidos: o que podemos aprender com eles?*. Ed. JusPodivm, 2013.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2007.

MEDIAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA: UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE AS BARREIRAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

FONTES, João Vitor¹

FONTES, Livia²

CARLI, Ana Alice De³

- 1 Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense. jvfontes@id.uff.br
- 2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense. liviafontes@id.uff.br
- 3 Doutora e Mestre em Direito Público e Evolução Social. Especialista em Direito Público. Professora do Curso de Direito e do Mestrado em Tecnologia Ambiental da Universidade Federal Fluminense. direito.profa.anaalice@gmail.com

RESUMO

Apesar do conhecimento da prática da mediação ser anterior ao Código de Processo Civil de 2015, é fato que tal modalidade de resolução de conflitos ganhou destaque após a criação desse, visto que o novo CPC foi um marco para a normatização da prática da mediação. Tornou-se relevante a reflexão sobre a capacidade de tal instituto romper com barreiras que atrapalham o acesso de parte da população à justiça, tanto no que diz respeito aos aspectos econômicos quanto aos formais e judiciais. Além disso, é pertinente a discussão sobre as barreiras que a própria mediação enfrenta para sua popularização dentro do Brasil, mesmo após sua regulação pelo CPC e pela lei da Mediação, e sobre a necessidade da reformulação do ensino jurídico dentro do país para que tal popularização possa ser alcançada.

Palavras-chave: Mediação, processo, alternativos, conflitos.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo abordar a temática do direito fundamental do acesso à justiça e a vantagem oferecida pelo instituto da mediação para lidar com as barreiras enfrentadas para acionar o Poder Judiciário.

A priori, trabalha-se com o conceito de acesso à justiça e suas mutações semânticas ao longo da história, enfatizando o entendimento majoritário de 1960- defendido por autores como Felipe Gonçalves Silva, Mauro Cappelletti e Bryant Garth- que se mantêm pertinente até os dias atuais, no qual acesso à justiça está diretamente ligado a igualdade de oportunidades. Nesse sentido, ganha destaque as problemáticas no que tange a essa isonomia, denominadas como barreiras de acesso à justiça. Dentre elas, destacam-se o fator econômico, o fator psicológico e a morosidade processual.

Nesse cenário, a questão financeira constitui-se empecilho, na medida em que o país atravessa crises econômicas e sociais, e que a obrigatoriedade de taxas pelo serviço público é demasiadamente onerosa, atuando como obstáculos para o acionamento do Judiciário.

Por sua vez, o fator psicológico está relacionado ao imaginário popular e suas concepções sobre o universo jurídico, haja vista que a forma de se vestir e expressar carregada de formalismos está a parte da maior parte da população brasileira. Ressalta-se, ainda, o fato de que a baixa confiança nos juízes acarreta inseguranças e medos quanto à resolução do mérito em um processo em curso, cuja decisão espera-se justiça. Somado a isso também se fala um processo lento e burocrático, extremamente desanimador e cada vez mais custosos para as partes.

No que se refere às barreiras supracitadas, a mediação se apresenta como uma proposta viável para sanar ou, pelo menos, amenizar esses obstáculos, já que se trata de um método alternativo mais amigável, que propõe maior liberdade as partes quanto a resolução do conflito (portanto, mais informal e liberal) e também menos custosa.

Contudo, tal instituto (assim como outras formas alternativas de solução de conflito) também apresenta dificuldades para se popularizar, ainda que já assegurado pela lei nº 13.140/15, pelo Novo Código de Processo Civil e por objetivos constitucionais; devido a denominada “cultura da sentença” por Kazuo Watanabe e também pela tardia atualização das grades curriculares dos cursos de direito no Brasil (WATANABE, 2014).

2. CONTEXTO HISTÓRICO DO ACESSO À JUSTIÇA

A respeito da temática, os teóricos Mauro Cappelletti e Bryant Garth apontam três ondas para explicar a evolução do tratamento que o tema recebe, sendo dispostas da seguinte forma: o primeiro momento se refere assistência judiciária, já o segundo trata da representação jurídica para interesses difusos; e, por fim, a reforma do aparelho judicial (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31).

Tendo em vista que o fator econômico impedia que pessoas hipossuficientes recorressem ao judiciário devido aos altos custos, os Estados precisaram atuar de maneira mais ativa para solucionar esse déficit, e dessa forma, surgiram as assistências judiciárias, que consistiam na remuneração feita pelos Estados aos advogados que aconselhassem juridicamente os necessitados (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 32).

Contudo, na segunda onda ocorre uma verdadeira revolução dentro do processo civil. Tradicionalmente, os assuntos eram pautados entre duas partes para se resolverem conflitos individuais. O foco desse movimento trata justamente de direitos coletivos, aqueles que pertencem a um grupo e visam resultados mais abrangentes (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 52).

Por fim, a última onda objetiva a efetividade dos direitos, abrangendo também soluções extrajudiciais. Ainda em curso essa reforma judicial, é a responsável por ponderar os ganhos das etapas supracitadas, mas sem considerar que os méritos dos processos sejam o ponto final da questão do acesso à justiça. Dito isso, os autores pontuam:

O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa 'terceira onda' de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 67).

Com a ascensão do *Welfare State* se rompe, definitivamente, a ideia liberal de que acesso à justiça significava a liberdade de cada cidadão litigar pelos seus interesses. Em 1960, o Estado se depara com a necessidade de intervir nessas relações para promover igualdade social. Dessa forma, não bastava apenas a possibilidade de acionar o Poder Judiciário,

também era necessário dispor de condições reais para acioná-lo e obter resultados satisfatórios. (SILVA, 2019, p. 328).

Todavia, a ideia de que o Judiciário seria o responsável por concretizar a igualdade e promover justiça social se difundia no imaginário popular que reivindicavam seus direitos positivados, mas ainda distantes da realidade, ocasionando o que o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos chamou de “explosão de litigiosidade” (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 5). Contudo, com a crise dos *Welfare State* e o menor repasse de verbas ao Judiciário, frente a esse fenômeno dos litígios, acarretou a crise desse poder (SILVA, 2019, p. 330-331).

Nesse cenário de inflação do Poder Judiciário, métodos alternativos de conflito ganham destaque. Entretanto, no Brasil, a regulamentação da mediação ocorre tardiamente, se dando apenas em 2015, com a Lei nº 13.140/2015 e com o novo Código de Processo Civil.

3. AS BARREIRAS DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: o fator econômico, os motivos de ordem psicológica e a morosidade do processo

Uma vez que o termo “acesso à justiça” alcança também essa percepção de verificar as condições do indivíduo para acionar o Judiciário torna-se, efetivamente, uma concepção mais próxima do ideal de justiça. Dessa forma, as barreiras passam a ser ainda maiores por também abarcarem condições subjetivas.

Sob essa perspectiva, pode-se dizer que obstáculos objetivos que permeiam a temática são, por exemplo: o dispêndio de valores altos com questões processuais, a falta de conhecimentos básicos e gerais do universo jurídico, o tempo gasto com as ações e complexidade e burocracia dos procedimentos. Já do ponto de vista subjetivo, o ambiente intimidador e o desgaste emocional atuam como barreiras no que tange ao acesso à justiça (NASCIMENTO, 2010).

A desigualdade social no Brasil cresce a cada ano. Em 2020, o coeficiente de Gini, que mede a concentração de renda, alcançou 89 de acordo com o *Research Institute*, sendo 100 a maior pontuação. À luz desse dado, é nítido que a desigualdade assola a população brasileira e isso, de forma lógica, afeta também as condições para acionar o Poder Judiciário. Sendo, portanto, a principal barreira de acesso à justiça.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 frisa em seus art. 134 e 135 o objetivo da Defensoria Pública de assistir juridicamente aos

necessitados para promover seus direitos. Contudo, esse órgão não é o único responsável por promover justiça gratuita. Também é possível que haja, em locais que não possuem defensorias, o denominado defensor dativo, nomeado pelo juiz para defender pessoas hipossuficientes. (BRASIL, 1988)

Apesar do supracitado e da Carta Magna mencionar em seu Art. 5º, LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, a falta de propagação desse tipo de informação inviabiliza, em partes, a eficácia real dessas possibilidades. Conforme aponta o artigo de José Antônio Cordeiro de Oliveira, Elenilze Josefa Diniz e Marcelo Alves Pereira Eufrásio, a respeito da atuação da Defensoria Pública do Estado da Paraíba na defesa e garantia dos direitos sociais, concluiu-se:

O desempenho da Defensoria Pública, nas Comarcas pesquisadas, no que diz respeito à operacionalização (obstáculo existentes ou não) em torno da garantia do acesso à justiça, encontrava-se limitado em decorrência de certas externalidades. Observou-se, inicialmente que a busca pelos serviços da Defensoria ocorria por parte daqueles cidadãos os quais não podiam arcar com as custas judiciais/processuais, que em regra são altos; o desconhecimento da população sobre o sistema formal de justiça, e sobre a importância da sua participação no fortalecimento das instituições representativas e democráticas. Tais constatações revelam uma característica da sociedade brasileira: a exclusão social a qual produziu uma massa de pessoas socialmente desqualificadas dos valores modernos, tanto para o desempenho produtivo no capitalismo competitivo quanto para o exercício da cidadania (2014, p. 28).

Nesse sentido, é perceptível a influência drástica dessa barreira na vida de pessoas hipossuficientes. De acordo com a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), uma pesquisa realizada em novembro de 2021 sobre o endividamento e inadimplência do consumidor apontam novos recordes: o número de endividados chega à 75,6% das famílias (NETO, 2021). Analisando tal informação, entende-se que as crises econômicas e sociais do país implicam diretamente na capacidade de compra do consumidor e, por óbvio, afetam necessidades essenciais. Dessa forma, depreende-se que adentrar em juízo para indivíduos nessa situação é inimaginável, tendo em vista a marginalização social desse grupo que preza por sobrevivência e condições mínimas de dignidade e consumo.

Conforme Lucas Antônio Bueno:

Assim a obrigatoriedade do pagamento das elevadas taxas judiciárias cria um duplo problema, primeiro a pessoa já está lesada ou ameaçada de lesão por uma ação ou omissão, segundo para acessar a justiça na tentativa de resolução de seu problema tem que pagar as elevadas taxas judiciárias causando assim um segundo problema que muitas vezes é intransponível ao cidadão levando-o a deixar de acessar a justiça causando uma grave lesão ao direito fundamental de livre e amplo acesso à justiça, e, por conseguinte, um retrocesso nos direitos fundamentais que, por consequência, ainda poderá negar a concretização dos objetivos da república que poderiam ser efetivados pela interveniência do acesso à justiça. (BUENO, s.d, p. 12)

A situação se agrava ainda pelo fato de que as custas processuais são valores consideráveis. Tal conceito se refere às taxas para a prestação do serviço público e se divide em três principais custos: a taxa de justiça, os encargos e as custas da parte. A primeira trata do impulsionamento do Poder Judiciário e varia conforme os Estados, já a segunda taxa se refere às consequências decorrentes do processo, como o envio de documentação; e, por fim, o §2º do art. 82 do Novo Código de Processo Civil estabelece que a parte vencida compensa a parte vencedora pelas despesas processuais.

Outra barreira de acesso à justiça é o medo de adentrar em juízo e ser prejudicado por falhas judiciais. Conforme aponta o Relatório ICJ-Brasil, produzido no primeiro semestre de 2017 pela FGV-SP (RAMOS, 2017), 43% dos brasileiros entrevistados não possuem confiança nos juízes. Ademais, o *dress code* e o formalismo excessivos são mais algumas características que tornam os tribunais ainda mais intimidadores. Sob essa ótica, Felipe Gonçalves Silva pontua:

Ingressar em juízo significa também sujeitar-se a adentrar por um ambiente temido pelo poder de mudar destinos, incompreensível na sua lógica de funcionamento fortemente apoiada no uso de um vocabulário e de uma linguagem impenetrável, repleto de formalismos e rituais, desconhecidos do senso comum. Um espaço em que elementos arquitetônicos, a vestimenta, os gestos, as posturas dos que lá circulam reforçam hierarquias sociais, criando um ambiente pouco acolhedor. Estes elementos, somados às incertezas e tensões envolvidas em um processo judicial, têm chamado a atenção para a existência de barreiras de caráter psicológico que também afetam o interesse por 'brigar na justiça' (SILVA, 2019, p. 333)

Na mesma linha de ideias, Felipe Gonçalves Silva afirma que as barreiras de ordem psicológica podem variar de acordo com o segmento social ao qual o indivíduo pertence, visto que a vivência cotidiana de determinados grupos é capaz de fazer com que esses venham a ter certo descrédito em relação a justiça.

Além disso, a relação social existente entre as partes envolvidas no conflito acaba por ser, em muitas das vezes, uma barreira para a busca pela resolução dentro dos tradicionais tribunais. O litígio é frequentemente visto como possível responsável pelo abalo nas relações de vizinhança, trabalho e família. Em casos onde existe uma certa hierarquia dentro da relação, como em situações de conflitos entre chefes e empregados dentro do ambiente de trabalho, existe uma maior pressão psicológica dentro do indivíduo que deseja litigar, visto que esse passa a se preocupar com o impacto que o litígio pode ter na sua relação trabalhista (SILVA, 2019).

Portanto, nota-se que o contexto sociológico do indivíduo é de extrema relevância para a avaliação das barreiras psicológicas para o litígio movido por parte desse, tanto pelo impacto que uma ação judicial pode ter na sua esfera social quanto pela influência dessa mesma esfera na sua visão sobre a credibilidade do poder judiciário e na sua capacidade de resolver satisfatoriamente conflitos.

A última barreira de acesso à justiça que vale a ser citada é a morosidade processual, algo presente no sistema judiciário da maioria dos países. Apesar da Constituição Federal de 1988 assegurar no inciso LXXVIII do Art. 5º a razoável duração dos processos judiciais, a realidade se distancia bastante disso. Segundo relatório emitido pelo Conselho Nacional de Justiça, o tempo médio do início de um processo até a emissão de sentença é de 2 anos e 2 meses. Nos casos de processos de execução, o tempo médio chega a passar de 5 anos nas varas estaduais (CNJ, 2020).

Os motivos que levam à grande lentidão do judiciário são inúmeros. Entre eles, se encontra a falta de cumprimento dos prazos processuais, muitas vezes não existindo punição para o desrespeito a esses, além da desestrutura judicial e a ineficiência da Administração Pública em resolver suas próprias lides, o que acaba por tornar o Estado um grande demandante do poder judiciário, aumentando em muito o número de processos que esse último deve julgar (MENDES, 2012).

Ademais, a própria estrutura judicial brasileira sofre com uma alta demanda por parte da população. Em 2020, 10.675 a cada 100.000 pessoas optaram por litigar, e no final do ano, existia um total de 75 mi-

lhões de processos pendentes de baixa, com 52,3% desses estando em fase de execução. (CNJ, 2020)

Uma das principais consequências da lentidão processual é o alto custo que essa gera para as partes. Um maior tempo de litígio se traduz em maiores custos processuais e mais honorários advocatícios sendo pagos, o que torna a morosidade estritamente ligada com a barreira econômica do litígio. (SILVA, 2019)

4. O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A mediação compreende uma forma alternativa de resolução de conflitos onde não se existe a imposição de solução por parte de uma aliteridade. Tal modalidade tem como objetivo o reestabelecimento de uma comunicação saudável entre as partes envolvidas na lide, de tal forma que estas possam, por si só, proporem as possíveis soluções do conflito. O que diferencia a mediação de outras modalidades, a exemplo da conciliação, é que o terceiro imparcial que orienta a prática não possui o papel de propor soluções viáveis para as partes. O papel do mediador é apenas o de gerar as reflexões que levarão à proposta da solução. (TARTUCE, 2018)

Os casos onde a mediação se mostra mais adequada são aqueles onde os envolvidos na lide possuem uma relação prévia ao surgimento dessa. A relação deve, também, ser continuada, e não apenas ter se dado em determinado momento e, por isso, é comum que a mediação seja utilizada dentro do direito da família e de vizinhança. (NEVES, 2017)

No Brasil, o instituto ganhou destaque por ter sido incluído no Código Civil de 2015, visto que não havia menção a ele no código de 1973. Além disso, foi criada também em 2015 a lei 13.140/2015, conhecida como “Lei da Mediação”, que tem forte papel regulatório da prática no país (VASCONCELOS, 2018).

É notável o fato de que a lei 13.140/2015 foi responsável por fixar uma série de princípios que deveriam nortear a prática da mediação, sendo eles a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade e a boa-fé (BRASIL, 2015).

Ademais, após a regulação das práticas tanto pela Lei de Mediação quanto pelo novo CPC, surgiram entendimentos sobre a prática da mediação que são de extrema relevância para o Instituto, como a fixação

da desobrigação de advogados dentro das audiências de mediação que são conduzidas dentro dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) após decisão do Plenário do Conselho Nacional de Justiça.

4.1. DE QUE MANEIRA A MEDIAÇÃO PODE AJUDAR A SUPERAR AS BARREIRAS DE ACESSO À JUSTIÇA?

A mediação, assim como outros métodos adequados de resolução de conflitos, é vista como alternativa viável ao litígio tradicional. Cappelletti e Garth, como supracitado, dizem que a exploração de tais métodos alternativos seriam o que caracterizaria a chamada “terceira onda de acesso à justiça”, onde ocorre a constatação de que a justiça tradicional não seria capaz de atender à demanda de toda população. As barreiras anteriormente citadas (o fator econômico, os motivos de ordem psicológica e a morosidade do processo) podem encontrar a sua separação com a mediação (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, pg. 72).

Ao observar os princípios que regem a prática dos mediadores de acordo com a lei 13.140/2015, é possível se notar que a informalidade é um desses. Tal informalidade seria responsável pelo relaxamento das partes e consequente tranquilidade natural, tornando o ambiente da mediação muito menos hostil do que as tradicionais salas de júri, anteriormente visto como elemento responsável pelo afastamento de parte da população da busca pela resolução de conflitos. Ademais, o relaxamento facilita o direcionamento das partes para a busca de um resultado consensual, o que torna o processo, também, muito mais rápido e menos moroso. (NEVES, 2017)

Além disso, como afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a mediação é extremamente adequada para a preservação do relacionamento entre as partes envolvidas, visto que essa busca justamente uma resolução harmônica para a lide. Isso acaba por evitar futuros litígios e facilita a busca pela resolução do conflito, visto que possíveis conflitos sociais deixam de ser um impeditivo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, pg. 72)

A mediação, também, é menos custosa, principalmente pelo fato de dispensar advogados, possibilitando a eliminação de honorários. Ademais, caso a mediação seja prestada pelo Poder Judiciário, será garantida aos necessitados a gratuidade dessa, como fixa o Art. 4º, §2 da lei 13.140/2015. Em caso de o serviço ser prestado pelo poder judiciário à beneficiários da assistência judiciária, será papel do próprio Estado arcar com os custos dos mediadores. (NEVES, 2017)

Outra vantagem da mediação é o fato dela se mostrar extremamente rápida em comparação com o litígio tradicional. De acordo com o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a mediação necessita de, em média, de três a quatro sessões para o alcance de uma solução, cada uma contando com duas horas de duração. Mesmo em casos que ultrapassam essa média, o tempo despendido ainda é muito menor do que a média do tempo gasto com processos no Brasil. (TJRJ, s.d)

4.2. AS BARREIRAS ENFRENTADAS PELA MEDIAÇÃO

Apesar de promissora no que diz respeito à sua capacidade de facilitar o acesso à justiça, a mediação acaba por enfrentar suas próprias barreiras para a consolidação do método dentro do Brasil. Mesmo com os incentivos para a prática trazidos pelo CPC de 2015 e pela lei de 13.140/2015, ainda se é comum que dispositivos de ambas que afirmam o dever do juiz de designar audiências de conciliação sejam driblados, e mais comum ainda é a recusa das partes pela audiência. (MAZZOLA, 2017)

A incapacidade da legislação por si só de conseguir popularizar os métodos alternativos de resolução de conflito dentro da sociedade brasileira já era prevista por Kazuo Watanabe, que afirmava que a lei seria insuficiente para a mudança do que ele chamou de “cultura da sentença”, onde se existe uma supervalorização tanto por parte dos profissionais do direito quanto por parte da população pelas soluções apontadas pelo sistema Estatal. Segundo ele, é necessária uma mudança profunda dentro do sistema educacional do país, não apenas no que diz respeito ao ensino jurídico nas universidades, mas também no ensino básico, onde, segundo o autor, crianças e adolescentes deveriam ser iniciadas à ideia de que os métodos alternativos de conflito devem ser valorizados, sendo, muitas vezes, caminhos muito mais adequados para a solução de conflitos sociais. (WATANABE, 2014)

Alinhando-se na direção da renovação do ensino de direito no Brasil, foi homologado pela portaria nº 1.351 do Ministério da Educação o parecer 635/2018 do Conselho Nacional de Educação, que tornou obrigatória a inclusão de disciplinas próprias sobre os métodos consensuais de solução de conflitos. O prazo para tal inclusão se deu no final do ano de 2020, portanto, na atual data todos os cursos de direito do país já devem ofertar a disciplina para seus alunos. O que se espera, portanto, é que os profissionais do direito que se formam a partir de agora já possuam desde a graduação o contato com a mediação e o conhecimento sobre os benefícios dessa.

5. CONCLUSÕES

A partir do estudo realizado foi possível constatar que as barreiras, no que concerne ao acesso à justiça podem ser minimizadas com a mediação. Notou-se que grandes avanços foram feitos no sentido de ampliar o conceito de acesso, considerando também condições para ajuizar ações e resultados satisfatórios e idealmente justos.

Observou-se que, em um país tão desigual e com índices sociais tão problemáticos, o fator econômico ganha destaque como uma causa impeditiva no que tange ao acionamento do Poder Judiciário, somado ao desconhecimento dos direitos do cidadão dos processos legais e da justiça gratuita. Tal fato se dá em razão dos altos custos processuais e se agrava ao considerar o cenário atual de dificuldades financeiras que o Brasil enfrenta.

Também, observou-se que o fator psicológico é uma outra barreira, tendo em vista a discrepância dos costumes comuns ao universo jurídico não representam e não fazem parte do cotidiano da maior parte da população, como a participação recorrente em tribunais tradicionais que induzem sentimentos como medo e também ao extremo formalismo e vocabulário clássico pertencente a classe jurídica e por vezes, pouco acessível.

Ainda, destaca-se que o instituto da mediação é profícua ferramenta para solucionar essas barreiras, à medida em que suas próprias características tornam isso possível. À guisa de ilustração, há a possibilidade de não necessitar de advogados nos Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania (Cejuscs) reconhecida pelo CNJ e, conseqüentemente, economizar com honorários advocatícios.

Contudo, o instituto da mediação enfrenta suas próprias crises e obstáculos. Apesar de promissor, é preciso incentivos no que dizem respeito a sua popularização, haja vista que apenas a vigência da lei e a possibilidade desse método alternativo de conflito não são capazes de afastar a “cultura da sentença”, assim denominada por Kazuo Watanabe, que impera na sociedade brasileira.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil (2015)*. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988

BRASIL. *Lei 13.140/2015: Lei da Mediação*. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. Ministério da Educação. Gabinete do Ministro. *Portaria nº1.351, de 17 de dezembro de 2018*.

BUENO, Lucas Antônio. *O Direito Fundamental de Acesso à Justiça e as Taxas Judiciárias*. Livro do Grupo de Trabalho Acesso à Justiça II, Florianópolis, p.12-41, junho de 2013. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=173>>

CAPPELETI, M; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021*. Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciais/justica-em-numeros/>

EQUIPE ÂMBITO JURÍDICO. *Acesso à Justiça: Abismo, população e Judiciário*. Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-74/acesso-a-justica-abismo-populacao-e-judiciario/#_edn2>. Acesso em: 29 Nov. 2021. Meirilane Santana Nascimento

MAZZOLA, Marcelo. *Dispensa da audiência de conciliação/mediação: seis dribles e dois gols*. Migalhas, 30 de janeiro de 2017. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/252601/dispensa-da-audiencia-de-conciliacao-mediacao-seis-dribles-e-dois-gols>>. Acessado em 07 de dezembro de 2021

MENDES, Renato Souza. *A morosidade processual frente os direitos fundamentais e a ineficiência da Administração Pública*. JUS, Outubro de 2012. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/22729/a-morosidade-processual-frente-os-direitos-fundamentais-e-a-ineficiencia-da-administracao-publica> > Acessado em 05 de dezembro de 2021.

NASCIMENTO, Meirilane Santana. *Acesso à justiça: Abismo, população e Judiciário*. Âmbito Jurídico. 01 de março de 2010. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-74/acesso-a-justica-abismo-populacao-e-judiciario/#_edn2 >

NETO, Luciana. *Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic)*- Novembro de 2021. Portal do Comércio. Disponível em:<https://www.por->

taldocomercio.org.br/publicacoes/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-peic-novembro-de-2021/394846. Acesso em: 16 Dez. 2021.

NEVES, D.A.A. Manual de Direito Processual Civil. 9ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, J. A. C. de; DINIZ, E. J.; EUFRÁSIO, M. A. P. *A atuação da Defensoria Pública do Estado da Paraíba na defesa e garantia dos direitos sociais*. Revista da Defensoria Pública da União, Brasília, 2014.

O que é mediação? TJRJ, disponível em <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/mediacao/estrutura-administrativa/o-que-e-mediacao>. Acesso em 07 de dezembro de 2021.

RAMOS, L.O et al. *Relatório ICJBrasil: 1º semestre/2017*. São Paulo: FGV Direito-SP. 2017.

SANTOS, B. S; MARQUES, M. M. L; PEDROSO, J. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Revista Brasileira de Ciências Sociais n. 30, ano 11, 1999. Disponível em: < http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/30/rbcs30_07.pdf >

SILVA, Felipe Gonçalves. *Manual de sociologia jurídica*. 3ª edição–São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 4ª ed. São Paulo: Editora Método, 2018.

VASCONCELOS, Carolina de Campos. *A mediação no ordenamento jurídico brasileiro atual e sua aplicabilidade no direito de família*. Porto Alegre – RS, 2018.

WATANABE, Kazuo. *Mediação como política pública social e judiciária*. Revista do Advogado, São Paulo, v. 34, n. 123, p. 35-39, 2014.

A JUSTIÇA NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

BRAGANÇA, Fernanda¹

LOSS, Juliana²

BISI, Bruna³

BRAGA, Renata⁴

- 1 Doutora em Direito pela UFF. Pesquisadora visitante na Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Pesquisadora do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas. Advogada. Email: fernanda.braganca@fgv.br.
- 2 Doutora em Direito pela Université Paris 1 Panthéon Sorbonne e pela Universidad Carlos III de Madrid. Coordenadora Técnica de Mediação da Fundação Getúlio Vargas. Coordenadora Executiva do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV. Email: juliana.loss@fgv.br.
- 3 Especialista em Direito Público. Procuradora Municipal de Castelo/ES. Pesquisadora do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas. E-mail: bruna_bisi@hotmail.com.
- 4 Pós-doutora (UFRJ/Universidade de Coimbra/IMS-UERJ). Professora adjunta do Curso de Direito da UFF – Volta Redonda. Coordenadora do GEMESC. Pesquisadora Externa Colaboradora do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas. Email: renatabragak@terra.com.br.

RESUMO

Este artigo tem como objetivo aprofundar sobre a temática da justiça digital, em especial, no que concerne à utilização cada vez maior da inteligência artificial (IA) pelo Poder Judiciário, com destaque para a análise dos riscos de decisões automatizadas em massa, as vantagens proporcionadas pelo emprego desta tecnologia e as perspectivas para a inovação nos tribunais no contexto europeu e brasileiro. A Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça compreende esse progresso tecnológico do Judiciário como um importante movimento para o aprimoramento da eficiência e qualidade da prestação dos serviços judiciais, ao mesmo tempo em que destaca a imprescindibilidade da observância dos direitos fundamentais. No Brasil, o Conselho Nacional da Justiça tem adotado uma postura proeminente tanto na publicação de normas quanto no estímulo à projetos que têm como o escopo o desenvolvimento e a implantação de IA nos tribunais do país.

Palavras-chave: justiça digital; inteligência artificial; tecnologia; Poder Judiciário; meios adequados de solução de conflitos.

1. INTRODUÇÃO

Este momento da Justiça, marcado pela inovação tecnológica, coloca em evidência o julgamento ou a forma com que as decisões judiciais são proferidas na era digital, com o apoio cada vez maior da inteligência artificial (IA). Este tema tem despertado bastante interesse, tendo em vista as implicações desta tecnologia sobre o direito, o processo e a jurisdição.

A proposta deste estudo consiste em refletir sobre a aplicação da IA no processo decisional. Assim, esse artigo visa aprofundar sobre essa questão a partir da análise dos seguintes pontos: as transformações proporcionadas pela IA na resolução dos litígios; os riscos de decisões automatizadas em massa a partir de análises preditivas; e algumas perspectivas para a justiça tecnológica, tendo em vista os planos de ação traçados no contexto da União Europeia e no Brasil.

A relevância deste tema pode ser verificada tanto pelo volume de produções normativas recentes, quanto pela criação e crescente uso de modelos de IA em diversas atividades do Judiciário. A utilização desta ferramenta tem como um de seus principais efeitos o de propiciar uma maior celeridade processual; o que no Brasil assume uma importância ainda maior considerado o cenário de mais de 75 milhões de processos que aguardam uma decisão definitiva, segundo os dados mais atualizados do Relatório Justiça em Números 2021.

A metodologia de pesquisa se baseia em uma revisão bibliográfica sobre o assunto e na análise de dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

2. O NOVO DIZER O DIREITO

A dinâmica de gestão de conflitos por um terceiro imparcial a partir de normas gerais e abstratas é utilizada por muitas sociedades (CARBASSE, 2021). Durante muitos séculos, a aplicação do direito ocorria a partir de uma construção coletiva de conhecimento por teóricos e juristas, cujos estudos sempre tiveram o propósito de mostrar, na prática, a aplicabilidade das correntes doutrinárias e dos costumes; além do trabalho dos juízes (POINAS, 2019, p. 33).

O legislador não consegue prever todas as situações que possam ter repercussão jurídica ao elaborar uma norma. Desse modo, é importante ressaltar a imprevisibilidade que é inerente à aplicação do direito, de

maneira que a lei nem sempre conseguirá ser aplicada de forma “natural”, no sentido de uma lógica puramente sequencial ou mecânica.

A aplicação do direito é uma ciência dinâmica que pode oferecer múltiplas possibilidades de interpretação, mas a decisão judicial reconhece apenas uma dessas opções no caso concreto. O trabalho dos juízes reflete essa transição de uma situação de indeterminação para a determinação da aplicação da lei. Dito de outro modo, o juiz é o responsável por dar a interpretação final da norma (POINAS, 2019, p. 33).

Atualmente, outros atores passaram a ter relevância para a aplicação do direito. Alguns especialistas apontam que as *legaltechs* são as principais responsáveis por este novo cenário e a sua intervenção nesse mercado é caracterizada pelo apontamento de tendências e pela ampliação dos serviços nessa área, com o apoio da tecnologia. (BLANCHARD, 2018, pp. 25-28).

A partir da inserção desses novos atores no mercado jurídico, a dinâmica de compreensão da aplicação do direito passou da análise do maior número de decisões pertinentes para o maior número de decisões possíveis. Ou seja, eles se interessam tanto pelas decisões que formam a jurisprudência dos tribunais, quanto pelos entendimentos minoritários ou que não teriam a tendência de constituir a posição do órgão jurisdicional naquela matéria. A análise dos litígios compreende, portanto, um conjunto de decisões variadas.

Essa verificação acontece a partir da extração de uma massa de dados (*big data*) com o objetivo de melhor entender o direito a partir das decisões judiciais. O acesso a um volume grande de informações é essencial para “educar” os sistemas que utilizam IA (POINAS, 2019, p. 26).

A IA é entendida como uma ferramenta disruptiva, a qual permite cálculos mais sofisticados e precisos, bem como possibilita uma exploração das decisões judiciais em escala nunca vista⁵.

Diante desse novo quadro, a essência da compreensão do direito sofreu mudanças robustas. Antes, o caminho percorrido consistia no entendimento dos elementos chaves do conflito ou de uma possível controvérsia. Atualmente, o que se procura é muito mais imediato e diz respeito a uma resposta potencialmente certa sobre o resultado de uma decisão judicial para um caso concreto.

5 A IA pode ser utilizada no sistema de justiça com diversas finalidades, como a busca de jurisprudência avançada; resolução de disputas on-line; a análise preditiva de decisões; triagem de processos; agrupamento por similaridade de jurisprudência; transcrição de voz para textos com contexto; e geração automatizada de peças.

Cabe ressaltar que a finalidade última da utilização da tecnologia na aferição do resultado de uma decisão judicial não é a determinação do percentual de chances de procedência do(s) pedido(s), mas tornar a ferramenta tecnológica capaz de determinar a “verdade judiciária” para um caso específico (VIOULAC, 2017, pp. 89 e ss).

No entanto, este tipo de análise desperta críticas severas da doutrina, que destaca, por exemplo, a questão da perda da hierarquia. Nesse sentido, a diferença entre

uma decisão judicial de primeira instância e uma de um tribunal superior costuma ser desconsiderada por este tipo de ferramenta de IA; não obstante constitua um aspecto fundamental no sistema jurídico (SAUVÉ, 2018).

3. OS RISCOS DAS DECISÕES PREDITIVAS EM MASSA

As decisões automatizadas são aquelas produzidas a partir do tratamento da tecnologia. Alguns especialistas apontam como riscos inerentes a essas decisões a diminuição do interesse dos juízes pela apreciação de cada caso concreto; a tendência de estabilização da jurisprudência, com o fortalecimento de um sistema que desestimula decisões dissonantes; e o fato de que o resultado obtido pelo algoritmo também pode estar sujeito a erros, não ser confiável ou ser tendencioso.

Um dos riscos de decisões preditivas é que o juiz, sob o efeito da vigilância constante da tramitação massiva das decisões judiciais, perca o interesse ou, em casos mais extremos, até a sua liberdade e a sua independência, e prefira seguir a opinião dominante ou majoritária de seus pares (CASSUTO, 2017, p. 334).

No entanto, a peculiaridade da justiça é que cada caso seja examinado de forma individualizada, com seus elementos e circunstância de originalidade e complexidade, as quais não são consideradas por um algoritmo, por mais poderoso que seja. Mesmo nos litígios em massa ou repetitivos, a experiência pessoal e profissional dos juízes são fatores determinantes para a elaboração da decisão.

Os algoritmos são programados para executar tarefas direcionadas, com base em um grande contingente de dados. Assim, eles não servem para responder as perguntas abertas, nem para definir, por iniciativa própria, as questões jurídicas que surgem no bojo do processo. É por isso que o

juiz deve permanecer no controle tanto da questão formulada ao algoritmo quanto da interpretação do resultado (ROUVIÈRE, 2017, p. 527).

Com relação à jurisprudência, a previsibilidade das decisões permite que os advogados antecipem quais os meios e estratégias serão mais adequados para dissuadir os juízes a se desviarem da maioria das decisões judiciais. Por outro lado, qualquer decisão atípica corre o risco de parecer inaceitável, caso não seja fortemente motivada (BUAT-MÉNARD, 2017, p. 1483).

Os algoritmos correm o risco de cristalizar a jurisprudência, pois são retrospectivos, ou seja, eles se baseiam em situações passadas. Eles também tendem a conferir força excessiva às soluções majoritárias, que não são, necessariamente, as mais relevantes. A quantidade de decisões no mesmo sentido não equivale à efetivação da justiça no caso concreto.

4. PERSPECTIVAS PARA A JUSTIÇA TECNOLÓGICA

O desenvolvimento de algoritmos preditivos não deve resultar na substituição da análise e do raciocínio pessoal do juiz. Este deve continuar a exercer as suas funções com independência, tendo em consideração os fatos e as circunstâncias específicas de cada caso. As análises estatística e algorítmica não podem ser um pretexto para um comportamento menos diligente ou cuidadoso do magistrado em relação ao processo (GARAPON, 2017).

A inteligência artificial e a humana devem se somar e reforçar uma à outra, sem qualquer pretensão de substituição (VILLANI, 2018). Agora, o juiz pode contar com estatísticas para apoiar e legitimar o raciocínio jurídico apoiado por outras justificativas.

Esse conhecimento prévio fornecido pelos algoritmos preditivos pode evitar um processo longo e custoso nos tribunais. O uso de métodos adequados de resolução de disputas deve ser incentivado sempre que possível, contudo, eles não podem constituir obstáculos a ponto de impedir o acesso ao juiz.

O Instituto Montaigne (2017) elaborou um relatório com algumas proposições para este novo tempo de uma “justiça tecnológica”. Segundo este documento, para que as tecnologias possam contribuir com uma melhora significativa da prestação jurisdicional é preciso: compreender as expectativas dos litigantes; determinar os múltiplos usos possíveis no campo da justiça; e definir um programa de transformação do serviço público para implementar essas inovações.

O relatório apontou como principais demandas dos usuários do sistema de justiça a confiança, a simplicidade, a acessibilidade, o tempo, a previsibilidade, a humanidade, a praticidade e a eficiência.

A confiança assenta, por um lado, na percepção da neutralidade do juiz, isto é, na sua independência e imparcialidade, tanto em relação ao poder político quanto aos grupos, interesses ou partidos e, por outro lado, na reputação do Judiciário e na aptidão intelectual e técnica do juiz para resolver a controvérsia e determinar uma solução justa. As novas tecnologias podem ajudar a incrementar este aspecto da confiança na medida em que reforçam as capacidades técnicas do juiz ao muni-los de análises quantitativas e qualitativas para decidir o caso (INSTITUT MONTAIGNE, 2017, pp. 21-22).

Quanto à simplicidade, há um grande progresso a ser feito. A instituição judiciária é vista como excessivamente complexa (INSTITUT MONTAIGNE, 2017, p. 22). É possível promover avanços significativos no que tange às formalidades. Nesse sentido, as novas tecnologias podem contribuir bastante para a simplificação dos procedimentos e para torná-los mais intuitivos no ambiente digital.

A ampliação da acessibilidade é um dos objetivos principais da justiça digital. A proposta consiste em desenvolver tecnologias que facilitem o acesso aos serviços judiciários na *internet*, a instrução de processos judiciais, a comunicação com os tribunais, convocação e realização de audiências. Alguns órgãos já avaliam e computam os ganhos de produtividade decorrentes dessa digitalização (INSTITUT MONTAIGNE, 2017, p. 24).

O tempo é uma variável importante para qualquer usuário da justiça. O prazo razoável dentro do qual se resolve um litígio submetido a um tribunal é uma das garantias do julgamento justo. Para verificar o cumprimento deste requisito, são compiladas estatísticas da duração média dos processos a fim de avaliar a qualidade da justiça. A este respeito, as tecnologias permitem o controle e a transparência da gestão do tempo, para avaliar a duração média ou para prever, em termos de prazo, as consequências da escolha de um procedimento.

A previsibilidade é vista como uma qualidade essencial do serviço judicial e representa uma condição necessária para a eficiência do sistema judiciário. É medida pela capacidade das partes ou de seus advogados de prever, com um grau suficiente de certeza, como a disputa será tratada e seu resultado.

O acesso a este tipo de informação é completamente transformado pelo desenvolvimento de ferramentas de IA adequadas para analisar a

massa desses dados. A implementação de técnicas preditivas levanta uma série de questões como, por exemplo, a igualdade das partes no acesso a esses instrumentos de previsão. Para o serviço de justiça, além das questões éticas, um dos maiores desafios em relação à implementação dessas técnicas de previsão é fornecer as mesmas ferramentas analíticas a todos os profissionais (INSTITUT MONTAIGNE, 2017, p. 27).

Em certas categorias de disputas, em particular as de família, a dimensão humana é percebida pelos usuários como um atributo essencial. Assim, o acolhimento, as condições de espera para audiência, a atitude empática do juiz e dos auxiliares de justiça e o apoio psicológico para pessoas em dificuldade são fundamentais. As técnicas de comunicação costumam ser úteis para melhorar a atenção prestada ao usuário. A introdução de tecnologias de automação neste tipo de litígio precisa considerar essas questões.

A praticidade diz respeito à expectativa dos litigantes em relação ao processo fornecer as condições para uma discussão aprofundada das evidências e à capacidade do julgamento corresponder a todos os elementos do direito e fato invocados. As novas tecnologias transformam a produção e discussão de provas, a organização de audiências, a qualidade e a quantidade da produção judicial.

A eficiência equivale à capacidade do sistema de justiça de utilizar os recursos disponíveis de forma a obter os melhores resultados possíveis. Um dos principais escopos da inovação tecnológica reside, justamente, na ampliação da eficiência judiciária.

O estudo identifica algumas dos usos mais recorrentes da tecnologia no domínio da justiça: comunicação eletrônica para troca de informações capazes de transformar as relações entre os usuários, seus representantes e os tribunais; videoconferência que oferece a possibilidade de participar de audiências remotamente; recursos audiovisuais para gravação e transmissão; plataformas colaborativas que oferecem novos serviços como a elaboração automatizada de documentos jurídicos; o desenvolvimento da IA para interação, de forma coerente com o usuário, nas questões jurídicas ou processuais que lhe sejam submetidas; tratamento rápido de uma grande quantidade de dados e produção de análises⁶ quantitativas e qualitativas a partir dessas informações (INSTITUT MONTAIGNE, 2017, p. 4).

6 É assim que a produção judicial, doravante obrigada a ser colocada à disposição do público pode ser analisada por algoritmos capazes de prever soluções de litígios judiciais, atividade a que se refere o conceito de justiça preditiva.

Quanto ao programa de transformação do serviço público para implementar essas inovações, cabe destacar que cada país estabelece a sua própria política. Assim, na 37ª reunião plenária, a Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça (CEPEJ) adotou um plano de ação para os próximos quatro anos sobre a digitalização da justiça, com a proposta de conciliar a eficácia das novas tecnologias e o respeito pelos direitos fundamentais.

A prioridade da CEPEJ para os próximos quatro anos é acompanhar os Estados-membros e os tribunais no seu processo de digitalização e na incorporação da inovação no segmento da justiça de acordo com as normas europeias e, em particular, com o artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

De maneira a acompanhar a digitalização em curso dos sistemas judiciários, a CEPEJ (2021) deve ter em conta as seguintes orientações: eficiência; transparência; colaboração; humanização; foco nos cidadãos; responsabilidade e reatividade no monitoramento.

A eficiência da justiça está relacionada ao apoio à digitalização dos tribunais. A transição dos arquivos judiciais em papel para o formato eletrônico é contínua e necessária. Além disso, a administração da justiça deve utilizar a tecnologia da informação para otimizar suas operações, bem como os elos de interconexão entre as diversas instituições judiciais. É necessário garantir que os instrumentos escolhidos sejam os mais adequados e compatíveis com uma justiça de qualidade, eficiente, acessível e imparcial. A digitalização dos processos também deve melhorar a qualidade do trabalho dos juízes, auxiliares e advogados.

A transparência implica na promoção da digitalização para ampliar e melhorar o conhecimento sobre a justiça em geral, em particular, sobre a duração dos processos. As novas tecnologias devem proporcionar aos usuários um melhor conhecimento dos procedimentos e das instituições judiciárias.

A perspectiva de uma justiça colaborativa impõe a criação de ferramentas digitais que incrementem a interconectividade entre os participantes no processo judicial. Portanto, devem ser disponibilizados recursos de comunicação fáceis de usar, compatíveis e eficientes.

A preocupação com a humanização da justiça diz respeito ao apoio adequado aos magistrados e a todos os demais profissionais na adaptação de suas funções essenciais ao ambiente digital. A digitalização deve tornar a justiça mais eficiente, mas nunca deve procurar substituir o juiz.

A centralidade nos cidadãos exige que os profissionais de justiça, assim como todos os usuários que assim o desejem, sejam apoiados no ambiente digital com o objetivo de propiciar maior proficiência nas ferramentas digitais.

A ampliação do acesso à informação também tem como escopo a maior utilização dos dados do CEPEJ sobre os sistemas judiciais. Dessa maneira, a instituição pretende aumentar a visibilidade, a compreensão e o aproveitamento dos resultados consolidados em seus relatórios.

4.1. Panorama e tendências da tecnologia na Justiça brasileira

A justiça brasileira, sob a liderança do CNJ, tem adotado uma série de medidas para impulsionar a inovação no Judiciário. No âmbito legislativo, cabe citar, por exemplo, a Resolução n. 332 de 2020 do CNJ, a qual dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de IA no Poder Judiciário; e a Portaria n. 271 de 2020, a qual regulamenta o uso de IA no âmbito do Poder Judiciário.

A Resolução n. 332 de 2020 do CNJ deixa evidente que no desenvolvimento, na implantação e no uso da IA, os tribunais observarão a compatibilidade com os direitos fundamentais, especialmente aqueles previstos na Constituição ou em tratados de que o Brasil seja parte (art. 4º).

As decisões judiciais apoiadas em ferramentas de IA devem preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade, a solidariedade e auxiliarem no julgamento justo, com criação de condições que visem eliminar ou ao menos reduzir a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos (art. 7º).

Segundo esta Resolução, a transparência implica em: divulgação responsável, considerada a sensibilidade própria dos dados judiciais; indicação dos objetivos e resultados pretendidos pelo uso do modelo de IA; documentação dos riscos identificados e indicação dos instrumentos de segurança da informação e controle para seu enfrentamento; possibilidade de identificação do motivo em caso de dano causado pela IA; apresentação dos mecanismos de auditoria e certificação de boas práticas; fornecimento de explicação satisfatória e passível de auditoria por autoridade humana quanto a qualquer proposta de decisão apresentada por meio de IA, especialmente quando essa for de natureza judicial (art. 8º).

Os órgãos do Poder Judiciário deverão informar ao CNJ sobre a pesquisa, o desenvolvimento, a implantação ou o uso da IA, bem como os

respectivos objetivos e os resultados que se pretende alcançar; promover esforços para atuação em modelo comunitário, com vedação a desenvolvimento paralelo quando a iniciativa possuir objetivos e resultados alcançados idênticos a um modelo de IA já existente ou em andamento; e depositar o modelo de IA no Sinapses (art. 10)⁷.

A Portaria n. 271 de 2020 estabelece que a pesquisa e desenvolvimento em matéria de IA observará a economicidade; a promoção da interoperabilidade tecnológica dos sistemas processuais eletrônicos do Poder Judiciário; a adoção de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres; o acesso à informação; a transparência; a capacitação humana e sua preparação para a reestruturação dos fluxos processuais e de trabalho, à medida que a inteligência artificial é implantada; o foco na celeridade processual; e o estabelecimento de mecanismos de governança colaborativa e democrática, com a participação do Poder Judiciário, daqueles que exercem funções essenciais à justiça, da comunidade acadêmica e da sociedade civil (art. 3º).

Os modelos de IA no âmbito do Poder Judiciário serão disponibilizados em plataforma, o Sinapses, acessível por todos, de maneira a incentivar a colaboração, a transparência, o aprimoramento e a divulgação dos projetos (art. 4º). A coordenação desse sistema será do CNJ, com o auxílio e suporte técnico do Tribunal de Justiça de Rondônia (art. 5º).

A atenção com a proteção de dados pessoais, bem como a segurança das informações e dos sistemas também são pautas centrais do CNJ. Nesse sentido, inclusive, editou a Portaria n. 242 de 2020, a qual instituiu o Comitê de Segurança Cibernética do Poder Judiciário; a Resolução n. 363 de 2020, que estabelece medidas para o processo de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) a serem adotadas pelos tribunais; e a Portaria n. 213 de 2020, que cria o Comitê Gestor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (CGLGPD) no âmbito do CNJ.

Em fevereiro de 2021, o CNJ lançou o programa de Justiça 4.0, o qual tem a proposta de desenvolver ações, estudos e estratégias para ampliar a prestação jurisdicional e facilitar o acesso à justiça no país. O programa engloba as seguintes iniciativas: Juízo 100% Digital; Balcão Virtual; Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ); auxílio aos tribunais nos registros processuais primários, consolidação, implantação, tutoria,

7 Segundo o art. 3o, II da Resolução n. 332 de 2020, o Sinapses é uma solução computacional, mantida pelo CNJ, com o objetivo de armazenar, testar, treinar, distribuir e auditar modelos de IA.

treinamento, higienização e publicização da Base de Dados Processuais do Poder Judiciário (DataJud); plataforma Codex; aprimoramento e disseminação da Plataforma Sinapses.

O Juízo 100% digital é a possibilidade de o cidadão valer-se da tecnologia para ter acesso à justiça sem precisar comparecer fisicamente nos fóruns. Todos os atos processuais serão praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto. A opção pelo Juízo 100% digital é facultativa e é regulado pela Resolução n. 345 de 2020 do CNJ.

O Balcão Virtual é o atendimento remoto direto e imediato dos usuários dos serviços da justiça pelas secretarias das varas de todo o país. É um meio de acesso permanente a essas unidades por meio de recursos de videoconferência, regulado pela Resolução n. 372 de 2021 do CNJ.

A PDPJ, regulada pela Resolução n. 335 de 2020 do CNJ, tem o objetivo de integrar e consolidar todos os sistemas eletrônicos do Judiciário brasileiro em um ambiente unificado; implantar o conceito de desenvolvimento comunitário, no qual todos os tribunais contribuem com as melhores soluções tecnológicas para aproveitamento comum; estabelecer padrões de desenvolvimento, arquitetura, experiência do usuário (User Experience - UX) e operação de *software*, obedecendo as melhores práticas de mercado e disciplinado em Portaria da Presidência do CNJ; e instituir plataforma única para publicação e disponibilização de aplicações, micros-serviços e modelos de IA por meio de computação em nuvem (art. 2º).

O DataJud, instituído pela Resolução n. 331 de 2020 do CNJ, é a base nacional do Poder Judiciário responsável pelo armazenamento centralizado dos dados e metadados processuais relativos a todos os processos físicos ou eletrônicos, públicos ou sigilosos do Superior Tribunal de Justiça (STJ); Tribunal Superior do Trabalho (TST); Tribunais Regionais Federais (TRFs); Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs); Tribunais Eleitorais; Tribunais Militares; os Tribunais Estaduais e do Distrito Federal e Territórios.

Os dados do DataJud são usados para estudos e diagnósticos, com o intuito de contribuir com a construção e acompanhamento de políticas públicas, além de conferir maior transparência sobre o Poder Judiciário.

O Codex é uma plataforma nacional desenvolvida pelo TJRO em parceria com o CNJ e que conta com duas funções principais: alimentar o DataJud de forma automatizada e transformar, em texto puro, decisões e petições, a fim de serem tratados por modelo de IA.

Durante os meses de fevereiro a agosto de 2020, o Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getulio Vargas

(FGV) realizou uma pesquisa inédita com o objetivo de fazer um levantamento sobre a IA no Poder Judiciário brasileiro. O estudo abrangeu o STF, o STJ, o TST, os TRTs, os TRFs e os TJs e identificou 47 projetos de IA nos tribunais do país.

Os principais objetivos atendidos com o emprego dessas IAs nos tribunais são a otimização dos atendimentos aos advogados e ao público; a automação de atividades; a melhor gestão dos recursos humanos para a atividade-fim do Judiciário; e a celeridade processual.

As principais funcionalidades dessas IAs mapeadas pela pesquisa da FGV (2020, p. 69) são a verificação das hipóteses de improcedência liminar do pedido nos moldes enumerados nos incisos do artigo 332 do Código de Processo Civil; a sugestão de minuta automatizada; o agrupamento por similaridade; a realização do juízo de admissibilidade dos recursos; a classificação dos processos por assunto; o tratamento de demandas de massa; a penhora on-line; a extração de dados de acórdãos; o reconhecimento facial; o *chatbot*; o cálculo de probabilidade de reversão de decisões; a classificação de petições; a indicação de prescrição; a padronização de documentos; a transcrição de audiências; a distribuição automatizada; e a classificação de sentenças.

Em razão da dinamicidade desses dados, em 2021, a pesquisa iniciou a sua 2ª edição, com a proposta de atualizar essas informações. Em uma análise preliminar do levantamento realizado, foi possível identificar cerca de 60 projetos de IA.

5. CONCLUSÃO

A dinâmica de gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário passa por um movimento de transformação intensa em razão de uma utilização cada vez mais frequente de recursos tecnológicos, com destaque à IA. Assim, a própria atividade-fim do Judiciário, a qual consiste na aplicação do Direito ao caso concreto, passou a contar com o apoio dessas ferramentas; o que desperta algumas preocupações na doutrina.

Alguns dos principais pontos levantados na seara acadêmica em relação aos riscos de decisões automatizadas são o interesse do juiz em verificar cada resultado produzido pela IA sobre os casos concretos; independência do magistrado para aplicar uma decisão dissonante do entendimento dominante no tribunal; e estagnação da jurisprudência.

No entanto, uma série de outros benefícios são proporcionados por meio do uso desta tecnologia como a celeridade processual e o maior uso de métodos adequados de solução de conflitos, tendo em vista que as partes terão uma noção mais determinada sobre o provável resultado daquele processo.

Muitos países têm investido em inovação no Judiciário, com destaque, neste estudo, para os países membros da União Europeia (UE) e para o Brasil. A perspectiva deste investimento consiste em aprimorar a eficiência e a qualidade da Justiça. A CEPEJ monitora as iniciativas tendo em vista a digitalização e emprego de tecnologias nos tribunais da UE e criou um plano de ação com a intenção de acompanhar de perto a observância dos direitos fundamentais neste novo contexto tecnológico.

O Brasil assume uma notoriedade nesse tema, em razão das inúmeras medidas adotadas e impulsionadas pelo CNJ nos últimos anos, tanto em âmbito normativo quanto no que diz respeito ao fomento de projetos e iniciativas nos tribunais. Uma pesquisa recente da FGV identificou que mais da metade dos tribunais brasileiros contam com um modelo de IA e a tendência é que este número aumente nos próximos anos, tendo em vista a otimização dos recursos investidos e o aproveitamento por todos os órgãos judiciários do país.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLANCHARD, Marie. “Les nouveaux acteurs du droit”. In: Les professions réglementées face à la révolution numérique. Colloque du 2 février 2018, Université du Littoral Côte d’Opale, Actes publiés dans les Cahiers de droit de l’entreprise, n° 3, dossier 15 mai. 2018, pp. 25-28.

BUAT-MÉNARD, Eloi; GAMBIASI, Paolo. “La mémoire numérique des décisions judiciaires. L’open data des décisions de justice de l’ordre judiciaire”. *Recueil Dalloz*, p. 1483, 2017.

CARBASSE, Jean-Marie. *Histoire du Droit*. Paris: PUF, 2008.

CASSUTO, Thomas. “La justice à l’épreuve de sa prédictibilité”. *AJ Pénal*, p. 334, 2017.

CEPEJ. 2022 – 2025 CEPEJ Action plan: “Digitalisation for a better justice”. Adopted at the 37th CEPEJ plenary meeting Strasbourg and online, 8 and 9 dec.

2021. Disponível em: <<https://rm.coe.int/cepej-2021-12-en-cepej-action-plan-2022-2025-digitalisation-justice/1680a4cf2c>>. Acesso em: 9 jan. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução N° 332 de 21/08/2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>>. Acesso em: 9 jan. 2022.

_____. Portaria N° 271 de 04/12/2020. Regulamenta o uso de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3613>>. Acesso em: 9 jan. 2022.

_____. Portaria N° 242 de 10/11/2020. Institui o Comitê de Segurança Cibernética do Poder Judiciário. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3566>>. Acesso em: 9 jan. 2022.

_____. Resolução N° 363 de 12/01/2021. Estabelece medidas para o processo de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais a serem adotadas pelos tribunais. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3668>>. Acesso em: 9 jan. 2022.

_____. Portaria N° 213 de 15/10/2020. Institui Comitê Gestor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (CGLGPD) no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3521>>. Acesso em: 9 jan. 2022.

_____. Resolução N° 345 de 09/10/2020. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Resolução N° 372 de 12/02/2021. Regulamenta a criação de plataforma de videoconferência denominada “Balcão Virtual.” Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3742>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Resolução N° 335 de 29/09/2020. Institui política pública para a governança e a gestão de processo judicial eletrônico. Integra os tribunais do país com a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br. Mantém o sistema PJe como sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3496>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Resolução N° 331 de 20/08/2020. Institui a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – DataJud como fonte primária de dados do Sistema de Estatística do Poder Judiciário – SIESPJ para os tribunais indicados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3428>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Inteligência Artificial: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2020. Disponível em: < https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

GARAPON, Antoine. “Les enjeux de la justice prédictive”. *La Semaine juridique éd. générale LexisNexis*, 9 jan. 2017, n° 1-2, § 17, doctr. 31. Disponível em: < https://ihej.org/wp-content/uploads/2017/01/Justice_predictive.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2021.

INSTITUT MONTAIGNE. Justice : faites entrer le numérique. Paris: Institut Montaigne, 2017. Disponível em: <<https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/justice-faites-entrer-le-numerique-rapport.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2022.

POINAS, Emmanuel. *Le tribunal des algorithmes: juger à l'ère des nouvelles technologies*. Berger-Levrault, 2019.

ROUVIÈRE, Frédéric. “La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal”. *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, p. 527, 2017.

SAUVÉ, Jean-Marc. La justice prédictive. Intervention de Jean-Marc Sauvé à l'occasion du colloque organisé à l'occasion du bicentenaire de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation le 12 fev. 2018. Disponível em: < <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-justice-predictive>>. Acesso em: 28 dez. 2021.

VILLANI, Cédric. “L'Europe peut relever le défi de l'intelligence artificielle”. *Le Figaro*, 19 jan. 2018. Disponível em: < <https://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2018/01/19/32001-20180119ARTFIG00325-cedric-villani-l-europe-peut-relever-le-defi-de-l-intelligence-artificielle.php>>. Acesso em: 30 dez. 2021.

VIOULAC, Jean. “L'émancipation technologique”. *Revue Esprit*, mar-abr., pp. 88 e ss, 2017.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO: PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

VINHOSA, Gabriel Peixoto¹

LIMA, Marcelo Machado²

- 1 Graduando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA-RJ). Estagiário do Ministério Público Federal. Membro dos grupos de pesquisa “A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimentos” (SOCEDIR-IBMEC/RJ) e “Constitucionalismo(s), Direitos e Democracia” (CODIDEM). E-mail: gabrielpeixoto10.gp@gmail.com.
- 2 Pós-doutor 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. Líder dos grupos de pesquisa A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimentos (SOCEDIR-IBMEC/RJ) e “Constitucionalismo(s), Direitos e Democracia” (CODIDEM-PPGD/UNESA). E-mail: marcelomclima@gmail.com.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo empreender uma análise descritiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da vertente substantiva do devido processo legal, com ênfase nas considerações da Corte Suprema sobre o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. Para tanto, utilizou-se de procedimento metodológico precipuamente jurisprudencial, embora também presentes investigações de cunho doutrinário. A relevância temática do trabalho justifica-se na medida em que a proporcionalidade e a razoabilidade tem sido os principais instrumentos hermenêuticos de que tem se valido o Supremo Tribunal Federal para a resolução de colisões entre princípios constitucionais, razão pela qual sua correta compreensão se mostra de grande valia. Os resultados levantados apontam que o Supremo Tribunal Federal tem adotado um posicionamento que equaliza semanticamente os dois institutos supracitados, malgrado origens e desenvolvimentos dogmáticos diversos.

Palavras-chave: Devido Processo Legal; Neoconstitucionalismo; Proporcionalidade; Razoabilidade; Supremo Tribunal Federal.

1. INTRODUÇÃO

O chamado Neoconstitucionalismo³ empreendeu significativas mudanças na maneira de se enxergar o fenômeno jurídico, especialmente a partir de reflexões jurídico- filosóficas acerca das dimensões formal e material dos direitos fundamentais, bem como da própria noção e extensão do conteúdo da democracia, que passa a ser lida dentro de uma perspectiva substantiva do princípio democrático e da separação de poderes.

Indubitavelmente, uma das principais características do paradigma neoconstitucional é a mudança no processo de definição das fronteiras semânticas do direito, que passa a estar direcionado, fundamentalmente, ao Poder Judiciário⁴ cujo protagonismo é notadamente sentido a partir da assunção, pelos sistemas constitucionais, da dimensão objetiva dos direitos fundamentais⁵ (LIMA, 2016, p.5-6; SARLET, 2018, p.149).

Portanto, diante da relevância assumida pela dimensão argumentativa na compreensão do direito nas sociedades democráticas contemporâ-

-
- 3 As linhas ditas neoconstitucionais, atualmente majoritárias no Brasil, assumem uma roupagem pós- positivista e defendem, precipuamente, a superação do positivismo jurídico e a implementação no âmbito do *civil law* de uma efetividade constitucional pautada no conceito de Constituição normativa (HESSE, 1991). Nesse sentido, vale destacar que o pós-positivismo, embora adote postura crítica em relação ao positivismo jurídico, não se apresenta como um “antipositivismo”. Com efeito, busca-se, tão somente, construir novas grades teóricas que se compatibilizem com os fenômenos ocorridos após a Segunda Guerra Mundial, em substituição àquelas do positivismo tradicional, consideradas incompatíveis com a nova realidade. Tendo em vista que o presente trabalho não terá como desiderato trabalhar as diferenças entre os diversos tipos de positivismo, valemo-nos, desse modo, de alguns conceitos e características gerais que são objeto de críticas pela doutrina pós-positivista, tais 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.
 - 4 Nesse sentido, pode-se afirmar ser da própria essência do Neoconstitucionalismo, enquanto concepção teórica, proporcionar ao juiz o papel de “cocriador” das normas jurídicas que regerão o sistema (LIMA, 2014, p.151), uma vez que as posturas 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.
 - 5 Os direitos fundamentais seriam, quando observados em sua dimensão objetiva, valores objetivos básicos e fins diretivos de ação positiva dos poderes públicos, afigurando-se, noutros termos, em critérios objetivos de controle da ação estatal, que devem ser observados independentemente de possíveis intervenções e violações concretas à direitos fundamentais.

neas (LIMA, 2016, p.134-135), torna-se imperioso que se compreenda, efetivamente, os mecanismos argumentativos utilizados pela Suprema Corte brasileira, mormente no tocante ao controle de constitucionalidade material de atos e normas do Poder Público e, sobretudo, quando se discute colisões entre princípios constitucionais e a legitimidade de restrições à direitos fundamentais.

Assim que, direcionando a pesquisa ao sistema constitucional brasileiro e tomando como base algumas das principais críticas doutrinárias direcionadas ao entendimento do STF sobre o tema, busca-se compreender quais argumentos embasam a escolha político-interpretativa da Suprema Corte acerca do *substantive due process* e dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que tem sido os principais instrumentos hermenêuticos de que tem se valido o Supremo Tribunal Federal para a resolução dos *hard cases*⁶.

Com o intuito de atingir tal objetivo, iniciaremos o trabalho analisando, de maneira sucinta, os elementos teóricos-filosóficos que permeiam o estudo sobre o devido processo legal substantivo e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em seguida, passa-se à exposição das decisões paradigmáticas⁷ do Supremo Tribunal Federal, compreendidas como aquelas que, segundo a doutrina, norteiam o entendimento da corte e estabelecem elementos fundamentais para reflexão sobre o tema, máxime no que tange aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Após, será analisado o recente e importante julgamento da constitucionalidade da vacinação compulsória contra a COVID-19, o qual tentaremos traçar e identificar eventuais pontos de aproximação e/ou de colisão com o entendimento nos casos anteriores e de que forma o STF se utilizou da proporcionalidade e/ou razoabilidade como técnica de julgamento.

Por fim, serão tecidas algumas considerações que servirão de norte para o prosseguimento da pesquisa desenvolvida, que partirá das

6 Tradicionalmente, seguindo a doutrina alexyana, os “*hard cases*” seriam aqueles em que se exige um complexo juízo de ponderação para resolução de conflitos entre direitos fundamentais ou princípios constitucionais de igual estatura sistêmica, não podendo, assim, ser resolvidos pela aplicação, via subsunção, de uma regra através de simples silogismo, tal qual os chamados “*easy cases*”.

7 Excluídas, todavia, as ações cujo objeto envolvesse discussões do âmbito penal e processual penal, uma vez que, ainda que feito o recorte do tema, fugiriam ao propósito do trabalho.

premissas estabelecidas no presente trabalho e buscará maior desenvolvimento teórico sobre o tema.

2. METODOLOGIA

O presente trabalho foi desenvolvido a partir de uma pesquisa qualitativa de caráter descritivo e exploratório, 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 precipuamente as pesquisas jurisprudencial e doutrinária.

3. ELEMENTOS TEÓRICOS QUE FUNDAMENTAM O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO E OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

O devido processo legal, expressamente positivado no ordenamento jurídico pátrio pelo art.5º, LIV da Constituição Federal e considerado pela doutrina majoritária como o “princípio dos princípios processuais” (SANTOS, 2016, p.126), porquanto núcleo essencial da maioria dos direitos processuais explícitos e implícitos (PINHO, 2018, p.81), remonta sua origem formal à Magna Carta, de 1215, tendo gênese conceitual intrinsecamente ligada à proteção da liberdade através de limitações procedimentais.

Noutras palavras, pode-se dizer que o *due process of law* foi inicialmente concebido sob um viés estritamente formal (*procedural due process*), sendo confeccionado como uma garantia processual que visava tão somente assegurar a regularidade do processo, cuja observância condicionava a própria validade da jurisdição estatal (CASTRO, 2010, p.27).

Todavia, uma vez incorporada formalmente ao direito constitucional norte-americano, através da 5ª e 14ª Emendas, a cláusula do *due process of law* cumpriu um longo itinerário exegético (CASTRO, 2010, p.25-26), no qual seu alcance semântico foi sendo ampliado paulatinamente pela produção doutrinária norte americana, especialmente após o advento do *judicial review* estadunidense.

Assim, em um verdadeiro processo de mutação constitucional (BARROSO, 2020, p.146-152), passou-se a entender que o instituto processual possuiria também uma exigência de “justiciabilidade” e conformação à ordem constitucional, acrescentando-lhe, assim, uma faceta ma-

terial (*substantive due process*), passando a abarcar para além da mera 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 fundamentais⁸.

A vertente substantiva do Devido Processo Legal foi a matriz de desenvolvimento do princípio da razoabilidade, através do qual o Judiciário, com vistas à correção do arbítrio, passou a efetuar controles de mérito sobre o exercício de discricionariedade da Administração e do Legislador com base na exame da *reasonableness* e *rationality* das leis e atos normativos, erigindo-se, destarte, contra a edição de normas e atos irrazoáveis ou irracionais, ou seja, que não guardam uma relação de identidade entre o meio escolhido⁹ e o fim visado (*means-end relationship*) (CASTRO, 2010, p.137).

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade¹⁰ foi desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) a partir do princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*), funcionando, através de uma estrutura racionalmente definida, como critério para a justificação de intervenção à direitos fundamentais, verdadeiro “limite dos limites” (*Schranken-Schranken*) (MENDES, 2021, p.481) que baliza tanto a ação do legislador, no que se refere à edição de leis restritivas à direitos fundamentais, e a do juiz, especialmente no tocante ao controle jurisdicional de atos e normas do Poder Público que restrinjam direitos fundamentais.

Posteriormente aprofundada pela doutrina, notadamente por Robert Alexy (1988), cuja obra consubstancia-se no mais influente estudo existente sobre o tema da proporcionalidade, que atualmente é compreendida,

8 Por conseguinte, entende-se ter a garantia do *due process of law* se transformado em um verdadeiro postulado genérico de legalidade que exige a compatibilização dos atos e normas do Poder Público com a noção de um direito justo, ou melhor, com o conjunto de valores incorporados à ordem jurídica democrática (CASTRO, 2010, p.133).

9 E o critério de diferenciação utilizado, quando se está diante de análises de classificações normativas encetadas pelo legislador. Essa perspectiva de interseção teórica entre razoabilidade e princípio da igualdade, todavia, não será abordada no presente trabalho. Para maiores aprofundamentos sobre a temática, ver CASTRO (2010, p.133-150).

10 A despeito dos intensos debates doutrinários acerca da natureza jurídica e o fundamento de validade da proporcionalidade, não nos posicionaremos sobre tais questões. Assim, tomaremos a proporcionalidade como um princípio, tal qual entende o STF, como se verá adiante. Para aprofundamentos, dentre outros: ALEXY (2017, p.116-120); MENDES (2021, p.495-514); SILVA (2002); CASTRO (2010, p.185-223).

a um só tempo, como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (MENDES, 2021, p.521-523), é composta por três sub-elementos independentes e que guardam relação de cumulatividade¹¹ e subsidiariedade¹² entre si: a adequação (*Erforderlichkeit*), a necessidade (*Geeignetheit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*Abwägungsgebot*), (ALEXY, 2017, p.116-117; MENDES, 2021, p.515).

O sub-elemento da adequação exige que as medidas intervenivas adotadas se mostrem aptas a fomentar (*Fördern*) ou promover os objetivos pretendidos. Nesse sentido, Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p.37) anota que “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”.

Por sua vez, o sub-elemento da necessidade ou “mandamento do meio menos gravoso” (ALEXY, 2017, p.117) implica em analisar se o objetivo perseguido pelo ato estatal limitador a um direito fundamental pode ser promovido com a mesma intensidade por meio de outro ato que limite menos o direito fundamental atingido. Em outras palavras, o meio não será necessário se o fim almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele, simultaneamente, adequada, menos onerosa e igualmente eficaz (SILVA, 2002, p.38; MENDES, 2021, p.519-521).

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito ou “mandamento do sopesamento” (*Abwägungsgebot*) (ALEXY, 2017, p.117), que assume um papel de controle de sintonia fina da solução adotada (*Stimmigkeitskontrolle*) (MENDES, 2021, p.523), determina a necessidade de se efetuar um sopesamento (ponderação) entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente que fundamenta a adoção de tal medida restritiva (SILVA, 2002, p.40), visando definir qual desses interesses- que abstratamente

11 Entende-se por cumulatividade a exigência da observância conjunta dos três elementos da proporcionalidade. Noutros termos, a constitucionalidade da limitação a direitos, liberdades e garantias fundamentais depende da verificação cumulativa de sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

12 Com relação de subsidiariedade entre os sub-elementos quer-se dizer, em resumo, que a análise de cada elemento depende do anterior, havendo uma ordem a ser observada. Ou seja, a aferição da necessidade da medida só será feita se comprovada sua adequação, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) só será analisada se exigível e necessária a medida restritiva a direito fundamental. Desse modo, explica SILVA (2002, p.34) que a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos.

considerados estão no mesmo nível sistêmico- tem maior peso relativo no caso concreto¹³ (ALEXY, 2017, p.95).

Em *terrae brasilis*, parcela considerável da *intelligentsia* pátria considera que o princípio da razoabilidade representa, sem embargo de origem e desenvolvimento teórico distinto, a mesma ordem de ideias, valores e finalidades subjacentes ao princípio da proporcionalidade, sendo, assim, “conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo maior proveito metodológico ou prático na distinção” (BARROSO, 2020, p.251-252).

Todavia, referida compreensão é objeto de contundentes críticas de doutrinadores que se debruçam de maneira percuciente sobre a matéria. Dentre eles, destaca-se Luís Virgílio Afonso da Silva que repreende a hermenêutica encetada pela Corte Suprema no que se refere à aplicação de tais princípios. Segundo o autor (2002, p.31-33), a invocação da proporcionalidade seria, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, no qual não é feita nenhuma referência a algum processo racional, estruturado e justificado na aplicação deste princípio. Ademais, aduz o professor (2002, p.31-33) que, em inúmeras decisões, sempre que busca afastar alguma conduta considerada abusiva, o Tribunal apenas cita os princípios proporcionalidade ou razoabilidade, limitando-se a equiparar-los, atendo-se à fórmula de que é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade.

A única menção ao modo concreto de aplicação da regra da proporcionalidade resume-se, segundo SILVA (2002, p.33), à referência a uma ou duas de suas sub-regras, geralmente a adequação e a necessidade, por meio da citação de trabalho doutrinário de autoria do atual ministro Gilmar Mendes (1994).

4. DECISÕES PARADIGMÁTICAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE NORTEIAM O ENTENDIMENTO DA CORTE SOBRE O TEMA

A doutrina costuma identificar (SILVA, 2002; CASTRO, 2010, p.209), fundamentalmente, dois julgados do Supremo Tribunal Federal como paradigmáticos e indispensáveis para a análise do tema ora em questão: a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855/PR (“caso dos

13 Dessa maneira, estabelece-se uma relação de precedência condicionada- sem pretensão de definitividade- entre os princípios colidentes, com base nas circunstâncias do caso concreto.

botijões de gás”) e a Ação Direta de Constitucionalidade nº 9/DF (“caso do racionamento de energia elétrica”).

A ADC nº9/DF foi ajuizada pela Presidência da República em um contexto político conturbado decorrente do período de escassez de energia elétrica, e tinha como objetivo a declaração de constitucionalidade dos artigos 14 a 18 da MP 2152-2/2001, que tratavam sobre providências emergenciais para o enfrentamento da crise de energia, preconizando medidas de racionamento de eletricidade.

O Supremo Tribunal Federal (2001) deferiu a medida cautelar na ação declaratória para suspender, com eficácia *ex tunc*, e com efeito vinculante, até o final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão que tivesse por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade dos artigos 14 a 18 da Medida Provisória 2.152-2.

O voto da Ministra Ellen Gracie (2001, p.96-100) foi o grande fio condutor do entendimento do Corte¹⁴ para o caso concreto, cujo entendimento foi seguido pela maior parte dos ministros¹⁵¹⁶:

(...) A proposição de medidas que objetivam a poupança de consumo para obter, assim, a continuidade regular do fornecimento de energia elétrica só tem sentido diante da necessidade imperiosa.
(...) Também divirjo do eminente Relator, quando não vê presente nas normas em questão a preocupação com a proporcionalidade a

14 Em que pese vencido, mostra-se pertinente mencionar o voto de Néri da Silveira (2001, p.92-93) que, com fulcro na obra de Gilmar Mendes (1994) sobre o princípio da proporcionalidade, entendeu que os valores previstos nas normas em referência não poderiam prevalecer, posto que desproporcionais e irrazoáveis. Com efeito, aduziu o ministro, ainda, que “A ordem constitucional, à vista do art.5º, LIV e LV, do Diploma Maior, não admite tal tratamento do legislador ou da Administração para com o particular”.

15 Ainda que com argumentos distintos, destaca-se os votos dos ministros Mauricio Correa (2001, p.109--111), Carlos Veloso (2001, p.112-115) e Sydney Sanches (2001, p.120-122), que defenderam a constitucionalidade da MP. Os ministros entenderam que a proporcionalidade dessas medidas estaria demonstrada em razão da adesão social por parte da sociedade brasileira, que teria compreendido a realidade vivida e a necessidade desse esforço comum para o combate à crise elétrica.

16 Nesse diapasão, outro destaque a ser feito é o voto do Ministro Moreira Alves (2001, p.128), que observou ser fundamental analisar a proporcionalidade das medidas em face das circunstâncias do caso concreto. Assim, segundo o ministro, a situação emergencial vivenciada tornou manifestamente proporcionais as medidas adotadas. Referida intelecção, a nosso juízo, merece maiores reflexões, principalmente quanto à influência da dimensão “fato” na aplicação da proporcionalidade e, acima de tudo, na compreensão do fenômeno jurídico como um todo.

qual, no meu entendimento ressaí da redação dos incisos II e III, do art.15, onde se estabelecem patamares de excesso de consumo a que corresponderão valores crescentes de sobretarifa. (...) Inocorre agressão, mas, muito ao contrário, há preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se moderadamente de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa.

Ao julgar o feito, o Supremo (2001) manteve o entendimento pela constitucionalidade das medidas atacadas, porquanto demonstrada em face da crise de energia elétrica, a proporcionalidade e a razoabilidade das medidas tomadas tendo em vista “a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa”.

A ADI nº 855/PR, frequentemente classificada como “*leading case*” referente à aplicação da técnica da proporcionalidade pelo STF (SILVA, 2002, p.37-38), foi ajuizada visando questionar as disposições contidas na lei nº 10.248/93 do Estado do Paraná, que exigia que os botijões de gás fossem pesados na presença do consumidor para que possíveis variações no peso do botijão vendido, ou possíveis sobras de gás no botijão devolvido fossem devidamente ressarcidas ou abatidas do preço do botijão novo.

Em síntese, a alegação de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade foi pautada em parecer do INMETRO, no qual foi esclarecido que a utilização de balança, tal qual preconizado pelo referido diploma normativo, seria inviável e prejudicial tanto às empresas como aos consumidores, não atendendo às finalidades propostas pela lei (2008, p.17).

O STF acolheu essa fundamentação para efeito de concessão da cautelar requerida. De acordo com o voto vencedor do ministro Sepúlveda Pertence (1993, p. 88), restou consignado que as medidas adotadas eram “onerosas e de duvidosos efeitos úteis”.

O mencionado entendimento foi mantido por ocasião do julgamento do feito, tendo o STF (2008), assim, julgado inconstitucional a lei estadual em questão, porquanto verificada, além de inconstitucionalidade formal, violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos.

Com efeito, o entendimento da corte pode ser sintetizado, em boa parte, no voto do ministro Cezar Peluso (2008, p.162-163)¹⁷:

(...)embora o objetivo da lei seja bom- e louva-se o legislador pela preocupação de proteger o consumidor-, no caso concreto, a medida não é adequada para os fins que pretende promover. Essa é a razão pela qual entendo que- não correspondendo à necessidade de ser adequada à promoção do fim visado, que é restritivo ao exercício de uma liberdade fundamental de comércio- a lei é inconstitucional¹⁸

Aduzindo para os “sub-elementos da proporcionalidade” e explicitando a adoção da origem da proporcionalidade enquanto decorrente do *substantive due process*, Gilmar Mendes (p.151-159) observou que:

(...) não há cogitar de reserva legal, senão de reserva legal proporcional. Temos, sim, de verificar se a lei não esvazia o conteúdo de direitos fundamentais, e, nesse sentido, temos de examinar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. (...) nós estamos a falar sempre de um direito fundamental ou de uma prerrogativa de caráter fundamental submetida à reserva legal, por isso busca-se sempre um argumento ancilar. Em alguns sistemas se diz que o princípio da proporcionalidade reside na própria ideia de direitos fundamentais e, em outros sistemas, se diz que ele reside na própria ideia do Estado de Direito; entre nós tem-se dito que essa é uma expressão da ideia do devido processo legal na sua acepção substantiva.

17 Destaca-se, neste ponto, os votos divergentes dos ministros Marco Aurélio e Menezes Direito, que não identificaram irrazoabilidade das medidas propostas pela lei em questão (2008, p.133-139).

18 Em que pese fuja dos objetivos do presente trabalho, porquanto não sintetiza o entendimento da corte sobre o mote em análise, de grande valia são as considerações de Eros Grau (2008, p.148-156) que levantou questionamentos no sentido de que fossem estabelecidas pela Corte qual preceito fundamental estaria a fundamentar a inconstitucionalidade, levando em consideração que eventual inconstitucionalidade não decorreria, segundo o ministro, da não observância da proporcionalidade, que seria um método de avaliação a ofensa a determinado direito fundamental e não o próprio parâmetro para a inconstitucionalidade. Isto é, questiona-se o fundamento da inconstitucionalidade da restrição legal imposta, se a falta de proporcionalidade seria o “porquê” ou o “como” da inconstitucionalidade, ou seja, se o motivo da inconstitucionalidade é a própria desproporcionalidade da medida ou, de outro lado, tal qual defendido pelo Min. Eros Grau, a inconstitucionalidade é decorrente de uma afronta a direito fundamental, sendo a proporcionalidade simples instrumento fundamentador da colisão ocorrida e do princípio prevalente no caso concreto.

5. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NO JULGAMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DA VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19: ADI 6.586/DF, ADI 6.587/DF

O contexto pandêmico vivenciado em decorrência da COVID-19 impactou severamente a vida da população brasileira e trouxe grandes desafios nas mais variadas áreas do saber humano. No âmbito jurídico, um dos grandes debates surgidos com a pandemia foi, seguramente, o da constitucionalidade da vacinação compulsória contra a COVID-19, tema julgado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 6.586/DF e 6.587/DF¹⁹ em conjunto com o RE com agravo nº 1.267.879/SP²⁰.

O Ministro-relator Ricardo Lewandowski (2020, p.13-49) destacou que a decisão do caso necessitaria ser tomada através de sopesamento que levasse em consideração os consensos científicos, a segurança e eficácia das vacinas, a possibilidade de uma distribuição universal, os possíveis efeitos colaterais, sobretudo aqueles que pudessem implicar risco de vida, “além de outras ponderações da alçada do administrador público”. Ademais, indicou o ministro que as medidas adotadas deveriam “respeitar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”, que foram assim definidas em seu voto:

A razoabilidade, equivale ao emprego de “critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal das pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”, ao passo que a proporcionalidade exige que aquela seja exercida “na extensão e intensidade” correspondente ao estrito cumprimento da finalidade pública à qual esteja atrelada.³⁰ Esse último princípio, em sentido estrito,

19 As ações diretas de inconstitucionalidade que foram propostas, respectivamente, pelo Partido Democrático Trabalhista e pelo Partido Trabalhista Brasileiro tinham como objetivo a declaração de inconstitucionalidade ou interpretação conforme da Lei 13.979/2020 para impedir que fosse realizada vacinação compulsória nos casos em que as vacinas não tivessem comprovação científica quanto a sua eficácia e segurança, e interpretação conforme aos arts. 6º, 22º, 23º, 24º, 26º, 30º, 196º e 198, da Constituição Federal, e ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, para assegurar a competência dos Estados e Municípios para decidir acerca da imunização compulsória contra a COVID-19.

20 O RE supracitado questionava acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em que determinava a pais veganos que submetessem o filho menor às vacinações qualificadas como obrigatórias pelo Ministério da Saúde, a despeito de suas convicções filosóficas.

“exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”,³¹ significando, em última análise, a proibição de excesso (*Übermassverbot*, na literatura jurídica alemã).

Na mesma linha de ideias, o Ministro Luís Roberto Barroso (2020, p. 52-65) defendeu, diante da aplicação da técnica da ponderação²¹, a atribuição de peso relativo e a respectiva definição de precedência normativa, *in casu*, dos direitos à vida, à saúde coletivas e à proteção prioritária da criança ante a liberdade de convicção filosófica.

Da mesma maneira, entendendo pela necessidade de se efetuar ponderações entre princípios, a ministra Carmen Lúcia (2021, p.120-148), com arrimo na obra de Robert Alexy e suas considerações sobre colisão entre princípios constitucionais e aferição de peso relativo ao caso concreto, defendeu que, na espécie, o direito à saúde deveria prevalecer frente à liberdade de consciência, respeitados os limites da integridade física da pessoa humana.

Nesse sentido, a Ministra Rosa Weber (2021, p.197-219) indicou não haver dúvidas de que a Constituição, enquanto um sistema, “autoriza o Estado a impor limitações aos direitos fundamentais, em face da necessidade de conformá-los com outros direitos fundamentais igualmente protegidos.” Desse modo, as liberdades individuais asseguradas constitucionalmente “não excluem a possibilidade de sua conformação mediante legítima atividade legislativa do Estado”.

De acordo com Rosa Weber (2021, p.197-219), a cláusula constitucional de proteção à saúde “cria uma esfera de legitimação para determinadas intervenções político- normativas que, democraticamente legitimadas, traduzem inferências autorizadas pelo preceito constitucional”.

Ainda segundo a Ministra (2021, p.197-219):

21 Nesse sentido, a técnica da ponderação foi colocada por Barroso (2020, p.52-65) como, em um primeiro momento, a tentativa de “fazer uma acomodação na maior intensidade possível entre os direitos contrapostos”. Todavia, uma vez não sendo possível essa harmonização, em um segundo momento, teria o intérprete que “fazer escolhas para que um direito prevaleça circunstancialmente sobre outro naquela situação concreta”. Nessas situações, segundo o Ministro, “cabe ao juiz constitucional expor as razões pelas quais estará procedendo assim, estabelecendo a precedência em concreto de um direito fundamental sobre o outro”.

In casu, as eventuais restrições à liberdade individual decorrentes do acionamento do art. 3º, III, “d”, da Lei nº 13.979/2020 traduzem imposições do próprio complexo constitucional de direitos, a exigir medidas efetivas para assegurar a proteção de outros direitos igualmente fundamentais – a saúde e a vida. (...) A atuação do legislador, no caso, acomoda-se adequadamente ao propósito claro do constituinte de promover a proteção da saúde, em absoluto, desequilibrando a delicada arquitetura que permite a convivência concomitante dos direitos fundamentais em discussão. Em situações emergenciais, restrições a direitos fundamentais que seriam inadmissíveis em períodos de normalidade, podem vir a ser admitidas, notadamente quando uma modesta limitação de liberdades produzir um substancial ganho em segurança. (...) Diante de uma grave e real ameaça à vida do povo, não há outro caminho a ser trilhado, à luz da Constituição, senão aquele que assegure o emprego dos meios – necessários, adequados e proporcionais – para a preservação da vida humana. (...)

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes (2020, p.149-186) concluiu pela dificuldade de se fixar soluções interpretativas definitivas quanto à eventual excesso de poder legislativo, que “se revela mediante contradição, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins”, a partir do teste de proporcionalidade, que “envolve, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa”, em razão da “natural incompletude dos textos normativos que tutelam políticas públicas cuja calibragem é naturalmente mutável, no caso de acordo com circunstâncias de enfrentamento da pandemia”²². Desse modo, acompanhando o voto do Ministro Lewandowski, Mendes (2020, p.149-186) defendeu que “sob o ângulo estritamente constitucional, a previsão de vacinação obrigatória é compatível com o ordenamento jurídico”.

Diante dos argumentos expostos, a Suprema Corte (2021) julgou parcialmente procedente as ações para conferir interpretação conforme

22 Segundo o Ministro Gilmar Mendes (2020, p.149-186), o padrão do texto normativo utilizado aproxima-se, tanto quanto possível, à inteligência daquilo que na doutrina constitucional alemã denomina de “Leis-Medidas” (*Das Maßnahmegesetz*). A particularidade dessa espécie normativa, de acordo com Mendes, é a “redefinição do equilíbrio da função legiferante” e a sua relação direta “a um determinado episódio fático”, não sendo objetivo, portanto, “estabilizar uma estrutura social planejada de longo prazo”.

à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020, sendo adotada a seguinte tese de julgamento:

(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) **atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade** e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência (grifo nosso).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo de premissas teóricas expostas brevemente no decorrer do texto e de críticas doutrinárias dirigidas ao STF, o presente trabalho procurou analisar, de maneira precipuamente descritiva, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no tocante ao devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tomando como base decisões tidas como paradigmáticas pela doutrina especializada, assim como o recente caso da vacinação compulsória contra a COVID-19.

Assim, ao buscar identificar eventual padrão argumentativo que tenha se consolidado no STF, pôde-se observar uma inclinação da Suprema Corte em equalizar semanticamente os institutos da razoabilidade e proporcionalidade, tomando-os como oriundos do devido processo legal em sua acepção substantiva.

Em que pese alinhada com a doutrina dita majoritária sobre o tema (BARROSO, 2020), referida escolha político-interpretativa apresenta, ao nosso ver, certas incompatibilidades com a dogmática de Robert Alexy sobre proporcionalidade (2017). Por outro lado, vê-se que o entendimento defendido pelo Ministro Gilmar Mendes é o que mais se aproxima das considerações encetadas pela doutrina alemã acerca da proporcionalidade.

Com efeito, apesar de se utilizar da razoabilidade e da proporcionalidade como instrumentos argumentativos para aferição da constitucionalidade material de restrições à direitos fundamentais e salientar a necessidade de ponderação entre princípios constitucionais colidentes, não é possível identificar, por parte do Supremo Tribunal Federal, o cuidado relativo à menção pormenorizada acerca do preenchimento de cada um dos subelementos da proporcionalidade para justificar sua conclusão pela constitucionalidade ou não da medida em julgamento, o que dificulta sobremaneira a constatação de uma *ratio decidendi* clara em suas decisões.

Dos casos paradigmáticos analisados, apenas na ADI nº 855 foi possível inferir a compreensão do tribunal no sentido de que medida seria inadequada aos fins visados, ou, noutros termos, inapta a fomentar os objetivos pretendidos.

Assim, ao menos diante dos casos supracitados, parece-nos assistir razão algumas das considerações efetuadas por Virgílio Afonso da Silva (2002, p.31-33), especialmente quando aduz que a proporcionalidade é utilizada, não raras vezes, como mero recurso teórico, não sendo feita menção ao processo racional e estruturado de aplicação deste princípio.

Por fim, embora o fator “legitimidade” (dimensão valor) não seja apresentado pelo STF, em regra, como argumento fundamentador da ideia de proporcionalidade, alguns dos votos colacionados apresentam bases teóricas para futuras reflexões acerca de quais elementos devem ser levados em conta para a análise da proporcionalidade das medidas restritivas à direitos fundamentais, bem como de eventuais conexões entre proporcionalidade/razoabilidade e a busca por um ideal de justiça substantiva e legitimidade social.

7. REFERÊNCIAS

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, Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-PR/MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.01/07/1993,

P.DJ 01/10/1993. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur116839/false>. Acesso em: 19/12/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº855-PR, Rel. Min. Octavio Gallotti, j.06/03/2008, P.DJ. 27/03/2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87893/false>. Acesso em: 18/11/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Constitucionalidade nº9- DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j.13/12/2001, DJ.23/04/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur13748/false>. Acesso em: 22/12/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Constitucionalidade nº9-DF MC, Rel. Min. Néri da Silveira, j.26/08/2001, DJ.23/04/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur13763/false>. Acesso em 22/12/2021

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Especial com agravo nº 1267879/SP, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j.17/12/2020, Dje. 08/04/2021. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443541/false>. Acesso em 19/11/2021

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; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, Bol. IOB 23 (1994), p. 469-475. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.com.br/artigos-principal/>. Acesso em 20/11/2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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.

MEDIAÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA E INCLUSÃO SOCIAL EM DINÂMICA COM A JUSTIÇA MULTIORTAS

FARIAS, Bianca Oliveira de¹

SOARES, Milton Delgado²

BOUZAS, Angela Barral³

CHRISTIANES, Luciano Carvalho⁴

- 1 Pós-Doutora em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito Processual Civil pela UERJ. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Law, Alternative Dispute Resolution and Digital Technologies (UCAM). Professora do Programa de Mestrado da Ambra College (EUA). Professora do Curso de Direito da Universidade Candido Mendes (UCAM).
- 2 Doutor em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGF/UFRJ). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Candido Mendes (UCAM) e Líder do Grupo de Pesquisa Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissional DGP-CNPq (UCAM). Juiz do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.
- 3 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Economia pela Universidade Gama Filho (UGF). Graduada em Direito pela Universidade Santa Úrsula. Bacharel e Licenciada em História pela Universidade Santa Úrsula. Professora do Curso de Direito da Universidade Candido Mendes nas disciplinas de Direito Constitucional, Teoria Geral do Estado e Ciência Política.
- 4 Bacharel em Ciência da Computação pelo Centro Universitário Moacyr Bastos. Bacharelando do curso de Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM), cursando o 7º período. Monitor em Direito Civil II (UCAM), períodos 2021.1 e 2021.2

RESUMO

As dificuldades do Poder Judiciário em atender às necessidades da população se tornaram um grande entrave para que sejam protegidos alguns paradigmas fundamentais da nossa Constituição. Em nome de princípios regidos pelo Processo Civil e o seu indesejável afastamento das camadas sociais desfavorecidas estudamos para compreender o problema em tela. Eles lidam diretamente com o cliente final do sistema de justiça, ouvindo com equilíbrio todas as partes, evitando os longos ritos presentes no CPC. Temos então como consequência inafastável o desafogamento da Justiça, criando, um ambiente saudável para dirimir conflitos mais complexos, que necessitam um olhar mais atento. Buscamos um diálogo das relações do Judiciário com os cidadãos, observando os distintos critérios de entrada, de forma a justificar uma resolução prévia de conflitos através do processo de mediação. Para tanto, colocam-se à mesa importantes processualistas, postos em perspectiva com pensadores de grande relevância jurídica.

Palavras-chave: Meios alternativos, justiça restaurativa, justiça distributiva, Mediação comunitária;

1. INTRODUÇÃO

O dia a dia do cidadão médio em nossa sociedade é repleto de eventos de interesse do mundo jurídico. O sem-fim de contratos estabelecidos formal ou tacitamente, as relações interpessoais, e até mesmo fatos negativos, como a ausência ou supressão de direitos, têm em si uma carga principiológica e legal sobre a qual cientistas e intelectuais debatem constantemente, trazendo razões e propondo maneiras de se lidar com os problemas observados. Para a infelicidade de muitos, algumas destas relações são desequilibradas de forma deliberada ou mesmo involuntária, acarretando atos ilícitos a serem reparados nas esferas cível, administrativa e criminal.

Buscamos então a preservação dos direitos dos cidadãos através de normas constitucionais, em particular o art. 5º, XXXV, onde lhes garantimos a tutela jurisdicional de suas demandas. Todavia, o grande volume de processos abarcados pelo Judiciário tem sido um grande entrave para este tratamento, além de perpetuar a imagem de extrema morosidade da justiça.

O rito comum criado como forma de compreender a miríade de caminhos necessários para a solução de conflitos tem, por sua natureza generalista, uma complexidade excessiva, e não responderia de forma eficiente a causas de pequeno valor (DIDIER JR, 2021, p. 24). Considerando-se o recorte social do qual tratamos neste texto, vemos uma inadequação deste procedimento à esmagadora maioria dos seus conflitos, fazendo surgir o natural questionamento sobre a acessibilidade à justiça, e de sua capacidade de compreender e julgar suas causas. Surgem então os procedimentos especiais, tais quais os utilizados nos juizados cíveis, onde a limitação do valor das causas como critério de entrada faz com que o Poder Judiciário se aproxime um pouco mais da vida cotidiana da maioria dos brasileiros.

Com esta solução, vem também um problema: a formação técnica insuficiente dos juízes leigos e a banalização da justiça do “mero aborrecimento” – embora não se possa isentar de culpa a demanda infundada por danos morais, como um *“produto pré-fabricado, em que o dano é o insumo adicionado, saindo assim um produto final, a reparação por dano moral”* (PEREIRA, 2019, p. 104), aumentam de sobremaneira a carga sobre os ombros da Justiça, que se torna, mais uma vez, ineficaz em atender o volume de causas que a ela chegam. Estas, por sua vez, tratam de repassá-las aos juízes togados para um novo processo de compreensão e avaliação do mérito, que precede a necessária homologação.

Em paralelo, a detenção do conhecimento e o poder de tutela inferido aos nossos julgadores causa, de forma inevitável, e ainda que por uma subjetividade benevolente em conceder justiça aos querelantes, uma hierarquização, onde de um lado estão os que possuem poder de julgar entre o certo e o errado, e aqueles a quem materialmente pertencem a causa, e convivem diuturnamente com seus efeitos. Seria de igual forma complexo, para se dizer o mínimo, exigir de um juiz que faça uma imersão profunda na vida de autor e réu para saber a real medida da justiça.

Com a intenção de mitigar estas questões, a justiça multiportas se propõe a oferecer uma solução prática para compreender os direitos das partes e a tutela jurisdicional ao convertê-la de contenciosa a voluntária através da mediação, oferecendo *“critérios racionais e objetivos que possam nortear o gestor do conflito no exercício da importante tarefa de escolha do método ou técnica que melhor atenda às exigências do caso concreto”* (GORETTI, 2021, p. 68).

2. CAPÍTULOS

2.1. Metodologia

A obra do Ricardo Goretti sobre o tema ofereceu uma grande fonte de consulta para esta pesquisa, onde detalha as diversas formas de aproximação das partes na busca de um consenso sobre a melhor maneira de prover justiça.

De igual maneira, os apontamentos de Fredie Didier Jr. sobre procedimentos especiais e a sua fungibilidade se demonstraram um grande instrumento comparativo, onde podemos compreender as tentativas dos caminhos formais do Processo Civil em se aproximar do caso concreto. Isto coloca em perspectiva a problemática da aderência procedimental de cada situação, justificando a busca por uma maneira inovadora que garanta a justiça e a equidade, colocando as partes não sob um malhete para serem esmagadas sob a força do Estado, mas face a face, para que juntas possam formar a melhor solução para seu dilema.

Para dar mais profundidade ao texto, utilizou-se conceitos estabelecidos por autores clássicos, como Hans Kelsen, e mais modernos, como Hannah Arendt e Norberto Bobbio, dando contornos humanísticos e filosóficos necessários à boa compreensão do Direito.

Por fim, com base na bibliografia estudada, foi-se a campo a se observar a aplicação destes conceitos, vendo na prática o funcionamento da mediação como medida de acesso à justiça pelas comunidades, analisando sua eficácia e progressão ao longo do tempo junto a instituições que atuam nestes meios utilizando a mediação como técnica para a resolução de conflitos.

2.2. A Problematização do Acesso à Justiça

O paradigma do acesso à justiça é um elemento fundamental para a formação da sociedade, independente até mesmo da ideia de Estado. Isto se deve ao fato de que mesmo considerados os conceitos mais primitivos dos grupos humanos já se havia a noção da existência de um “direito” ao qual se devia a proteção, ainda que de forma arcaica e até mesmo brutal, através de sistemas de vingança privada, pública ou religiosa.

Uma observação, ainda que superficial, dos procedimentos para acesso ao sistema de justiça brasileiro já poderia constatar uma obscura teia de requisitos inaccessíveis ao homem médio. Uma evidência disso é a própria existência do instituto da capacidade postulatória imposta pelo CPC, art. 103.

Trazendo a discussão para o plano das ideias, vemos que os direitos mais importantes do cidadão são matéria de grande complexidade, apesar da aparente evidência de cada um deles. Isto é tratado na literatura dirigida ao tema de forma didática: *“destaco particularmente a proliferação, obstaculizada por alguns, das exigências de novos conhecimentos e de novas proteções na passagem da consideração do homem abstrato para aquela do homem em suas diversas fases de vida e em seus diversos estágios”* (BOBBIO, 2004, p. 10). Demonstra-se, portanto, que o Direito em si é algo que se deve aprimorar materialmente, e, em sua instrumentalização, as regras processuais, modernizadas através da flexibilização, garantindo *“previsibilidade e simplificação aplicativa, e a sua unidade normativa serviria também como forma de facilitar a compreensão e o entendimento da lei em todos os quadrantes do país”* (BARROS, Hamilton de Moraes, 1974, p. 13, *apud* DIDIER JR, 2021, p. 47).

Temos, pois, como uma segunda reentrância no acesso à justiça uma considerável variedade de procedimentos especiais atentos a necessidades mais específicas dos usuários finais do sistema judiciário nacional. A fungibilidade dos processos judiciais oferecida pelo CPC, art. 190 traz às partes a liberdade necessária para que recuperem para si a autonomia sobre

seus próprios processos, e as rédeas da resolução da contenda em que se encontram. Ao contrário do que alguns imaginariam, isto não relegaria o juiz a um papel coadjuvante, mas sim de um observador atento ao cumprimento das regras, de forma que haja paridade de armas nesta disputa.

A compreensão da estrutura do poder do Estado pode ser estudada sob o aspecto democrático, à medida em que o povo escolhe para si os seus governantes e representantes, os quais, seguindo a fórmula de Montesquieu constroem e regulam o Poder Judiciário, ainda que não o administrem. Esta legitimidade fundamental para exercício da jurisdição largamente estudada na Academia mostra a real necessidade submissão do cidadão a um poder regularmente estabelecido, e não algo que existe em si e por si (ARENDDT, 2007, p. 213).

Apesar de todo o reforço coercitivo estatal, a vida segue em minúcias que passam totalmente despercebidas aos olhos da Justiça. Aqueles que têm questões “menores” são obrigados a buscar auxílio em seu próprio entendimento daquilo que é justo e reto, quando não da força de seu braço para que se lhes garanta o direito.

A dificuldade de conciliar o conceito proximal de justiça em relação aos litigantes em contraponto com o ordenamento jurídico vigente nos leva diretamente ao raciocínio exposto por Kelsen ao longo de sua obra, que mostra a dicotomia entre o positivismo e o jusnaturalismo, onde as duas doutrinas se contrapõem em suas fontes primárias, mas se complementam no objetivo comum de promover a equidade (KELSEN, 1998, p. 153).

Em face do problema exposto, o instrumento da mediação entra como uma ferramenta primorosa na busca de atingir os recantos mais inacessíveis ao Judiciário. A medida da justiça estará, portanto, nas mãos daqueles que desfrutarão desta após o estabelecimento de consenso entre as partes. Isto se encontra como princípio positivado da mediação, na Lei 13.140/15, art. 2º, V e VI e VIII. Deseja-se, portanto, criar um ambiente propício para que cada um, sem a intimidação criada pelo ambiente judiciário, mostre a sua razão, orientado pela figura de um mediador devidamente qualificado para a função. Equacionando-se a justa medida para cada um, ainda que as partes não estejam plenamente satisfeitas (pois, segundo pensamento atribuído a Sócrates, não há outro mal que não a ignorância, e quem o pratica o faz não por convicção de ser mau, mas por crer-se com a razão ao assim proceder), estarão todos voluntariamente em acordo com a decisão tomada, ao contrário da situação invariavelmente traumática causada por uma decisão de caráter coercitivo prolatada por um juízo.

2.3. Justiça Multiportas – O Consenso como Solução

Os métodos heterocompositivos, tais quais a própria mediação, mostraram-se eficazes ao contornar a complexidade do Judiciário, no sentido de solucionar os conflitos antes mesmo que eles sejam matéria de ações em nossas varas. O mediador, um terceiro imparcial, incorpora a figura do juiz no imaginário das pessoas, que em diversos casos lhe concedem um poder capaz de apaziguar os ânimos e trazer as partes ao bom senso.

A abordagem da mediação, ao buscar algo de interesse de ambas as partes dentro da tônica do conflito através de conversações e debates, favorece o crescimento dos envolvidos, e cria um modelo favorável onde todos ganham (TARTUCE, 2017, p. 102). Isto encerra em si o conceito mais plural de justiça, onde os objetivos de individuais são contemplados de uma maneira ou de outra, ainda que não completamente. Esta compreensão mais basal do direito está acessível a todos, pois, embora compreenda conceitos complexos como obrigações, contratos, dano e responsabilidade civil, tem por objetivo tornar a pessoa ao seu estado de contentamento anterior ao ato ou fato que deu início ao problema.

A Resolução nº 125/2010 do CNJ teve um grande papel no processo de reconhecimento desta forma de solução de conflitos (TARTUCE, 2018, p. 72), ao exprimir a importância de serem oferecidos métodos consensuais pelos tribunais. Ela tem trazido repercussões mesmo uma década depois, a exemplo da Lei 13.994/20, que aperfeiçoou o sistema de juizados especiais cíveis no sentido de possibilitar a conciliação não presencial, um marco na viabilização de atendimento das demandas judiciais de menor vulto financeiro.

Analisadas as diretrizes da mediação, vemos que elas se baseiam no reconhecimento do princípio da dignidade humana como pilar dos meios consensuais, pois respeita a decisão das partes. (TARTUCE, 2018, p. 213). Recordam-se as lições basilares da moderna filosofia do Direito, que nos ensina sobre a Teoria da Justiça trazida por John Rawls, em que a aplicação do conceito da equidade, que traz em si duas partes: uma ao contrairmos as obrigações, praticando-as voluntariamente, e que esta obrigação seja aplicada de forma justa, no melhor das possibilidades que assim o seja (RAWLS, 2000, p.380).

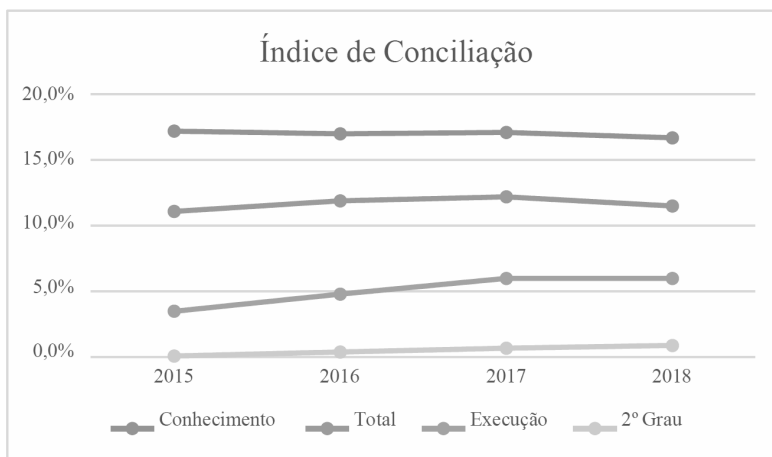
Por conta destes fatores, não se pode deixar de ressaltar a absoluta importância do compromisso estabelecido entre as partes no processo de mediação, que é *“abordada levando em conta precipuamente sua aptidão*

de resgatar nas partes sua própria responsabilidade sem induções quanto à celebração de acordos” (TARTUCE, 2018, p. 20). A partir do momento que foram aceitas as condições estabelecidas durante o processo, cada um dos envolvidos entende que aquilo que se deseja depende diretamente daquilo que se concede, e que o equilíbrio do acordo está vinculado às atitudes de cada um perante uns aos outros. Os movimentos de cada um devem cooperar no sentido de manter o pacto firmado, flexibilizando-o quando necessário, sempre de forma consensual. Rupturas unilaterais terão consequências por vezes irreparáveis.

Apesar das dificuldades inerentes ao processo conciliatório, os números demonstram ser favoráveis à resolução extrajudicial dos conflitos. Não só pelo crescente número de projetos de mediação que atendem diretamente às comunidades pertencentes às camadas mais populares, como a coordenada pelo Ministério Público do Ceará, e o Programa Petrópolis da Paz, no Rio de Janeiro, mas como também nos resultados práticos do emprego desta metodologia. Neste último exemplo, podemos demonstrar o que afirmamos pelo crescimento vertiginoso de atendimentos realizados através da Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos do Município de Petrópolis, que realizou 32 atendimentos em 2018, chegando a quintuplicar este número em 2020, totalizando 236 atendimentos registrados.

Com base nestas afirmações, o CNJ publica anualmente o que chama de *Índice de Conciliação*, que representa a razão entre a quantidade de homologações de acordo e sentenças e decisões terminativas proferidas. Conforme o gráfico abaixo (GORETTI, 2021, p. 229), vemos que há uma diminuição gradativa da procura da via consensual em relação à litigiosa, com aumento considerável (superior a 70%) dos processos de execução.

Gráfico 1 – Taxa de realização de procedimentos consensuais em comparação ao número de processos litigiosos entre os anos de 2015 e 2018



Podemos interpretar este gráfico em função da etapa processual da qual trata a homologação. A cultura da judicialização ainda possui uma grande preponderância em relação às soluções alternativas, o que indica a menor propensão ao diálogo. Uma das hipóteses a ser considerada é a crença na longevidade da ação, e a possibilidade de que o assunto seja deixado de lado pelo ofendido (especialmente em casos de menor vulto financeiro), ou ainda o pleno desconhecimento das possibilidades de conciliação. Isso se observa factualmente, por exemplo, na seara trabalhista. Em um caso concreto, A., doméstica, trabalhou sem registro para L., empresário. A empregada, através dos seus advogados, teve intenção de propor um abatimento de 15% em suas verbas trabalhistas, e o parcelamento do valor remanescente em diversos meses. Desta forma, enquanto uma parte veria satisfeita a sua demanda, a outra teria a oportunidade de cumprir esta obrigação com todas as vantagens a ela propostas, adicionando-se a isenção de custos adicionais com advogados e honorários. No caso em análise, o empregador não quis sequer responder à proposta, restando, portanto, o ajuizamento da ação, acrescentando mais um item à pilha de trabalho do já conturbado Poder Judiciário.

A vocação natural da Justiça do Trabalho no ramo da mediação é refletida em números: em 2018, neste ramo do Direito houve um índice de conciliação de 24%, o maior entre os consultados (GORETTI, 2021, p. 230). A aderência deste dado ao nosso tema se concretiza quando observamos o

recorte de menor expressão financeira dos pagamentos feitos aos reclamantes. Considerando o Relatório Demonstrativo da Justiça do Trabalho⁵ de 2020, havia naquele ano (p. 113) 731.261 processos de execução encerrados. Conforme o mesmo relatório (p. 121), foram pagos aos reclamantes mais que R\$ 28,8 bilhões. Com isto, chegamos à conclusão de que o valor médio por execução é de apenas R\$ 35,42 (trinta e cinco reais e quarenta e dois centavos) por execução. Por óbvio, há execuções muito maiores, e há execuções de valor absolutamente irrisório. Mas ao vermos o valor proposto pela média, conseguimos sem margem para dúvida estabelecer que o ápice da curva normal desta estatística não se encontrará muito distante do valor de um salário-mínimo. A inferência lógica deste raciocínio é que o reclamante médio seguramente não é pessoa com um emprego qualificado e salário abastado. Ao contrário, ao vermos que a conciliação e a homologação de eventuais acordos atingem primariamente a classe menos favorecida da sociedade.

O Relatório Geral da Justiça do Trabalho (p. 99) datado de 2020 nos traz os dados relativos da conciliação e os que provêm de execuções: 46,6% dos pagamentos são realizados através de acordos perante o Poder Judiciário, superando consideravelmente aqueles oriundos de execuções, que representam 39,2%.

Juntando-se os raciocínios, temos a comprovação empírica daquilo que já se discutiu em tese: a utilização de métodos consensuais para a resolução de conflitos ganha força como uma ferramenta de acesso à justiça pelo cidadão comum, em especial, as camadas mais pobres da população, especialmente se levarmos em conta o fato de a necessidade destas pessoas. A composição do IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), que é o índice principal de cálculo da inflação no Brasil nos aponta que cerca de 40% deste índice é composto pelo custo de alimentação, habitação e vestuário, despesas estas que são parte do cotidiano do recorte de pessoas ora estudado. Por conta disso, os valores das verbas trabalhistas devidas têm um grande impacto na economia das famílias de baixa renda. Torna-se, pois, inegável a virtude da Mediação como forma de acesso rápido e eficaz à justiça.

5 <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatorio-geral>, acesso em 26/12/2021. Relatório Geral da Justiça do Trabalho (Versão Completa), p. 223.

2.4. Caso Concreto – Programa Petrópolis da Paz

O Programa Municipal de Pacificação Restaurativa Petrópolis da Paz⁶, criado pela Lei Municipal 7.532/17, adotou para si um dos símbolos desta cidade a camélia branca, uma referência histórica a um método peculiar que os abolicionistas ao final do século XIX utilizavam para se comunicar e propagar a sua mensagem. O objetivo por trás disso é remeter à liberdade e autonomia presentes no processo de mediação comunitária, que resgata às partes o poder para decidirem seus próprios futuros através da negociação em seus próprios termos, de forma ora autocompositiva, ora heterocompositiva.

Ele é uma estrutura do Executivo Municipal, que concede as verbas necessárias para a sua operação. O corpo de funcionários é composto de mediadores, psicólogos, assistentes sociais e toda espécie de profissional necessário para o correto atendimento ao público, segundo as melhores práticas. A impressão do visitante ao adentrar suas instalações é de absoluta ordem e acolhimento. Cada móvel, cada ferramenta de trabalho, cada peça de decoração parece estar ali disposta de forma a mostrar aos assistidos que foram bem recebidos. O edifício localizado na área histórica da cidade, próximo à catedral, dá um ar de pertencimento, valorizando as raízes culturais da região e dos habitantes dali.

Como princípios da sua atuação, o Programa procura manter a oralidade e informalidade características desta forma de solução de conflitos. Com isto, mantém-se a atmosfera favorável à solução pacífica dos conflitos a eles trazidos.

De forma geral, o Petrópolis da Paz se divide em três grandes verticais: a Mediação Comunitária, a Mediação Escolar e a Justiça Restaurativa. Enquanto a primeira procura atender às demandas mais imediatas criadas por disputas entre os cidadãos, a segunda visa fazer o mesmo dentro do ambiente escolar, com grande sucesso, como veremos a seguir, implantando uma cultura mediadora desde a etapa de formação de cada indivíduo. A última, porém não menos importante, é utilizada como *“instrumento de transformação social que atua nos fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores do conflito e da violência”*, como descrito pelos próprios integrantes do Programa.

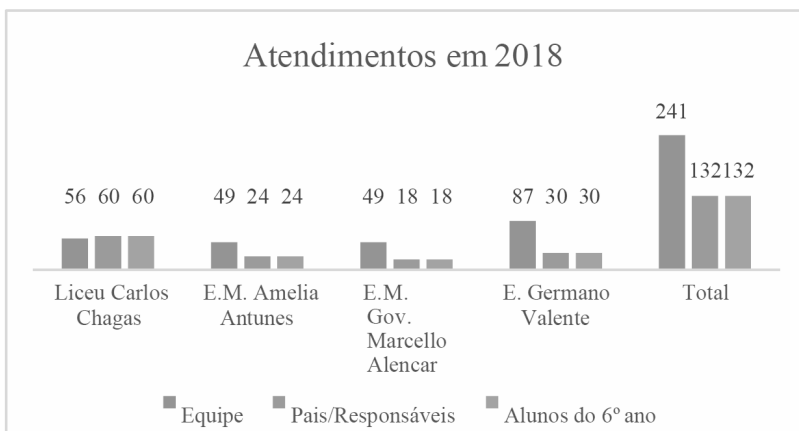
6 <https://www.petropolis.rj.gov.br/petropolisdapaz/index.php>, Av. Ipiranga, 193, Centro, Petrópolis, Rio de Janeiro, RJ, telefone 24-2246-8568, e-mail para contato programapetropolisdapaz@petropolis.rj.gov.br

Os processos de mediação estabelecidos ali têm geralmente a duração entre seis meses e um ano, com possibilidade de “recurso”. De forma geral, as partes são tratadas inicialmente de forma isolada, com o objetivo de contornar eventuais paixões referentes à matéria, abrindo as portas para uma solução comum. A partir dali marcam-se sessões de debate conjunto, onde um mediador devidamente treinado procura equacionar os anseios de cada um, buscando findar o conflito.

A eficácia da metodologia utilizada pode ser vista em números: a quantidade de atendimentos na Câmara Pública de Mediação Comunitária subiu de 32 no ano de 2018 para 158 em 2020, ou seja, um crescimento de 500% em apenas dois anos.

Desde o início de suas operações, o Programa Petrópolis da Paz expande sua atuação sobre diversas escolas da região. A partir de 2017, foi instaurado, com a parceria da Secretaria Municipal de Educação da cidade, um programa de interação com alunos, pais e educadores para que se aplique desde aquele momento a cultura de mediação e solução pacífica de conflitos. O processo se inicia pela apresentação da proposta à escola, que, ao se mostrar receptiva à ideia, promove a avaliação da situação atual, seguida de reuniões planejadas com todos os grupos. Inicialmente, tomou-se como base o sexto ano de algumas escolas. Isto porque, segundo os organizadores, nesta idade os alunos têm um mínimo de compreensão necessária para externar sua vontade, e conhecimento das situações conflituosas em que eventualmente se encontram.

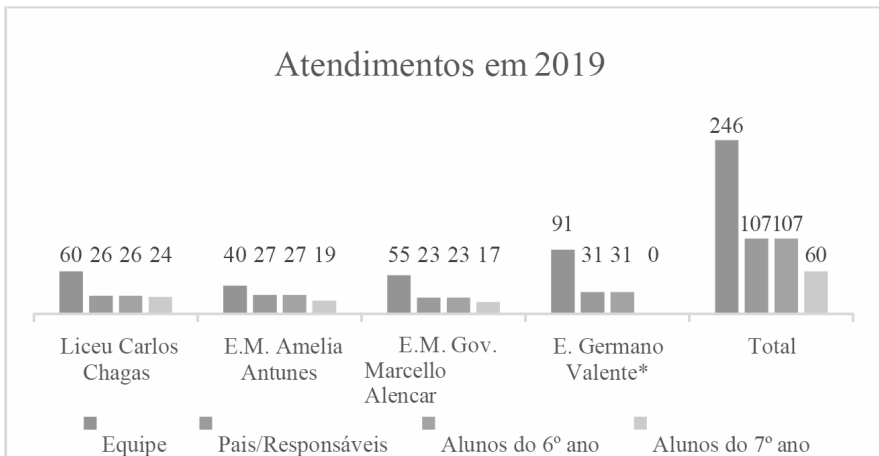
Gráfico 2 - Quantidade de atendimentos realizados pelo Petrópolis da Paz na mediação escolar



Vemos aqui que durante este período letivo tivemos, pelo menos, quatro sessões de mediação por semana ao considerarmos toda a rede envolvida, e uma grande adesão ao projeto por parte da equipe escolar.

A seguir temos o mesmo gráfico, desta vez apontando os dados referentes ao ano subsequente. Um ponto muito importante a ser observado é o crescimento da interação com o sexto ano, e a redução de atendimentos junto ao sétimo ano, que já passou por um ano letivo com apoio da equipe de mediadores do Petrópolis da Paz:

Gráfico 3 – Resultados da mediação escolar do Petrópolis da Paz no segundo ano de atividade⁷



Como pudemos ver, a constância da adesão dos membros do corpo educacional das escolas pode nos apontar na direção de que sua percepção dos resultados das mediações se encontra em um patamar absolutamente satisfatório, com consequência na melhora do ambiente escolar. A partir desta evolução, acredita-se que se esteja construindo um ambiente mais saudável para o aprendizado destes adolescentes.

Na frente da Justiça Restaurativa, os membros do Programa Petrópolis da Paz procuram atender as demandas sociais não somente na escola, mas também em demandas trazidas pelo Tribunal de Justiça, Ministério Público, Conselho Tutelar, entre outros. Ao reconhecer a importância do processo de mediação, estes órgãos do Poder Público procuram

7 Neste ano, a Escola Germano Valente permaneceu com o programa de mediação escolar, e entrou com o projeto piloto de justiça restaurativa.

levar às suas origens os conflitos que lhes são apresentados, em particular, situações de violência doméstica e aquelas que envolvem menores infratores, procurando compreender o ambiente em que surgiu a ocorrência e tratando as suas causas-raízes.

Em muitos casos, os infratores são levados a cometer delitos por circunstâncias sociais. Ainda que seja uma razão extremamente insuficiente para justificar o cometimento das infrações (visto que a maioria absoluta das pessoas nas mesmas condições não são autores de delitos), vemos através das entrevistas realizadas que estes sujeitos não têm a devida percepção dos valores cultivados pela sociedade, como o trabalho e os laços familiares.

Com o objetivo de restaurar a conexão destas pessoas com a sociedade em que se encontram imersos, vemos os procedimentos associados com a justiça restaurativa como uma das saídas para não só evitarmos o agravamento das situações presentes, mas também a ocorrência de novas situações delituosas.

Segundo informações providas pelo Petrópolis da Paz, em 2019 foram realizados 487 (quatrocentos e oitenta e sete) círculos em rede – a forma utilizada para atendimento – entre as comunidades, as vítimas e os ofensores. Tamanho engajamento denota, sem qualquer sombra de dúvida, que esta é uma alternativa sólida e consistente ao açoitamento dos tribunais e às punições convencionais para infrações de menor potencial ofensivo.

Para atender a toda esta demanda, o Programa provê treinamentos regulares e formação continuada para capacitar profissionais. O reconhecimento da comunidade pelos serviços prestados é tratado com especial carinho pelo FONAME (Fórum Nacional de Mediação), do qual é um dos principais – senão o principal provedor de casos e dados estatísticos.

O Programa Petrópolis da Paz se prepara para o futuro erguendo parcerias junto à força policial ostensiva e à guarda municipal, educando e trabalhando a cultura destes braços da segurança pública para que atinjam um novo patamar no atendimento à população.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O alcance das instâncias da tutela jurisdicional, embora presentes os institutos da Justiça Gratuita e da Defensoria Pública, a falta de conhecimento de seus direitos pelo cidadão muitas vezes resulta em conflitos

que poderiam, inseridos os ingredientes da razoabilidade e da boa-fé, ser resolvidos antes mesmo de se tornarem um processo judicial.

É equivocado o pensamento de que a mediação de conflitos é uma ideia abstrata, além daquilo que a nossa população está apta a se beneficiar. Os números refutam frontalmente esta afirmação, especialmente nos casos tratados aqui: seja no Ceará, onde há 12 unidades de mediação comunitária, incluindo uma itinerante, seja no Rio de Janeiro, com um dos mais bem-sucedidos casos de resolução pacífica de conflitos, que não só contempla os casos cotidianos, mas trabalha ativamente na implementação de uma cultura de mediação nas escolas, com crescente engajamento dos alunos e corpo docente, e também no processo de justiça restaurativa, que trabalha junto aos autores e vítimas de diversos tipos de delitos, incluindo uma das maiores chagas de nossa sociedade: a violência doméstica.

Os instrumentos colocados à disposição através do conceito de justiça multiportas, seja pela materialização da fungibilidade entre os procedimentos especiais, seja pela adoção de técnicas de mediação são métodos eficazes de promover a justiça social, uma vez que protege fundamentalmente a dignidade da pessoa humana em suas três principais dimensões: sua vida, por ser garantia inalienável, sua propriedade constitucionalmente protegida, fruto do seu trabalho e resultado do bom cumprimento de seus deveres com o Estado e suas obrigações junto aos seus pares, e a indelével e perene busca pela felicidade, obedecidos os limites impostos por nossas leis.

O Direito tem por principal objeto de pesquisa a manutenção pacífica e organizada das relações sociais. Oferecer métodos modernos e eficazes para fazê-lo é uma função primordial dos acadêmicos e profissionais da área, que, muito embora possuam em suas mãos o conhecimento e a sabedoria, não podem se olvidar de um dos maiores preceitos do nosso ordenamento jurídico: a equidade. Fazer com que a jurisdição alcance a todos indistintamente deve ser a nossa nobre missão de cada dia, para que, aos poucos, possamos sair dos chicotes, grilhões e guilhotinas para um aperto de mãos e a serenidade que só o convívio harmônico pode oferecer.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10ª edição. São Paulo, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DIDIER JR, Fredie *et ali.* *Por Uma Nova Teoria dos Procedimentos Especiais*. 2ª. Edição. Salvador: Juspodivm, 2021.

GORETTI, Ricardo. *Mediação e Acesso à Justiça*. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2021

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PEREIRA, Matheus Martins Alves. *Problemática do Dano Moral: O Papel do Magistrado na Lacuna da Letra da Lei*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2019.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 4ª edição. São Paulo: Método, 2018.

RONALD DWORKIN E JEREMY WALDRON – UMA ANÁLISE SOBRE A TEORIA DO DIREITO E O PAPEL DA JURISDIÇÃO

PRADO, Rodrigo Ferreira¹
MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes²

- 1 Advogado, graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF), pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário (PUC-MG). Membro pesquisador do Grupo de Pesquisa em Jurisdição, Constituição e Processo (GEJCP-UFF). E-mail: r.prado1984@gmail.com
- 2 Doutor em Direito. Professor Adjunto do Departamento de Direito (VDI) da Universidade Federal Fluminense (UFF) e líder do Grupo de Pesquisa em Jurisdição, Constituição e Processo. Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/5258647698639534>. E-mail: matheus.vgm@outlook.com

RESUMO

O presente artigo tem como escopo tratar de duas teorias do direito, com o foco em seus apontamentos acerca do papel da jurisdição em uma democracia, nos aportes feitos por Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Sendo o primeiro, como será visto, um defensor da chamada *judicial review* como um instrumento característico do Estado Democrático de Direito, e o segundo rechaçando, em sua devida medida, a primazia dada por essa teoria ao papel do judiciário em uma democracia, enfatizando o ator legislativo enquanto um *locus* privilegiado no tratamento do dissenso. A metodologia utilizada será majoritariamente bibliográfica, com a consulta das obras dos dois autores apontados, bem como de outros trabalhos que versam sobre o assunto.

Palavras-chave: Jurisdição; Constituição; Democracia; Constitucionalismo; Processo.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de duas teorias do direito e suas relações com o modelo democrático adotado pelo Estado, em especial no que concerne ao papel da jurisdição ordinária e constitucional frente a outros poderes constituídos numa república. Os autores utilizados são Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, com uma breve explanação acerca de seus apontamentos quanto aos limites e caminhos em que a atividade do Direito pode atuar em um enquadramento constitucional configurado num Estado democrático. Desse modo, há de se mencionar que o conceito utilizado para Estado democrático é aquele empregado por Dalmo de Abreu Dallari (1986), para quem “o Estado democrático implica na afirmação de certos valores fundamentais na pessoa humana, bem como na exigência de organização e funcionamento do Estado, tendo em vista a proteção desses valores”. Nesse sentido, o conceito utilizado para o Estado democrático se confunde, em certa medida, com o de Estado constitucional, que tem no instrumento constitucional, outorgado por uma carta ou não, a inscrição de seus valores, em especial àqueles que concernem a supremacia do indivíduo e a limitação e racionalização do poder (DALLARI, 1986).

Primeiramente, se fará menção à teoria democrática em Ronald Dworkin, que assume na figura da substancialidade dos direitos um valor moral agregado à atividade jurisdicional (DWORKIN, 1999). O autor, ao buscar a superação das problemáticas levantadas por H. L. A. Hart (2009) quanto à aplicação do Direito, traça uma estrutura que tenta trabalhar questões elementares para o positivismo jurídico, tais como as ligações entre o Direito e coerção; as justificativas e sentidos em que a força pública é usada em conformidade com direitos e responsabilidades públicas; e que noção de coerência com decisões judiciais anteriores é a mais apropriada em uma teoria do Direito (DWORKIN, 1999). Para trabalhar esses apontamentos é necessário retomar a noção elementar em Dworkin de que há duas figuras normativas que imperam no Direito: regras e princípios, sendo os primeiros comandos normativos aplicados na instância do sim ou não e os segundos pertencentes a uma estrutura de peso, com uma possível dimensão moral apregoada a eles (DWORKIN, 1999).

Essa noção é importante de ser concebida porque tergiversa sobre uma das questões fundamentais do Direito – e, por extensão, para este trabalho – em que medida a moral prática informa o Direito. Prosseguindo, outro conceito importante a ser trabalhado em Dworkin é o tido como “direito como integridade”, que busca responder as problemáticas

levantadas anteriormente, na medida em que afirma que “direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores e, por isso, têm valor legal, não só quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa” (DWORKIN, 1999). Nessa seara, o direito como integridade, conforme proposto pelo autor, assume que as afirmações jurídicas pertencem a uma esfera interpretativa, e que, por esse motivo, são suscetíveis a elementos que consideram tanto o passado quanto o futuro, formando uma prática jurídica aliada a um processo de desenvolvimento (DWORKIN, 1999).

Com essas afirmações pode-se inferir, ainda que preliminarmente, que a teoria do Direito em Ronald Dworkin trabalha com a inserção da moral em comandos normativos principiológicos, derivados da prática jurídica, e que isso pode servir de argumento para o fortalecimento da chamada *judicial review* (ou revisão judicial) de decisões do poder legislativo, uma vez que podem balizar os comandos emitidos por meio de uma atividade jurisdicional comprometida com essa teoria. Ademais, é importante mencionar que as decisões jurídicas, nesse escopo, desenvolvem-se naquilo chamado de “romance em cadeia” (DWORKIN, 1999) em que a integridade e a coerência de uma comunidade jurídica são verificadas pela previsibilidade das decisões anteriores – através da adequação/ajuste/*fit* e da interpretação/substância. Relembrando-se, também, que para Dworkin (1999), o Direito é um conceito interpretativo, decorrendo, então, a sua intitulada interpretação construtiva a partir das três etapas: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa.

Antes de adentrarmos nas abordagens preliminares de Jeremy Waldron, é necessário esclarecer que a chamada *judicial review of legislation* é a prática que “que confere aos juízes, enquanto intérpretes da lei, o poder de afastar um texto legislativo, ou mesmo mudar a interpretação deste” (VERBICARIO, DE CASTRO, 2017). Em Jeremy Waldron, desse modo, essa é uma questão fundamental, na medida em que, na teoria desse autor, o poder concedido aos juízes de afastar um texto legislativo ou mudar a interpretação originariamente conferida a ele pode afrontar diretamente o modelo democrático representativo (WALDRON, 1999). O autor, na esteira de outra tentativa de superação do positivismo jurídico de Hart (2009), encontra na “regra de reconhecimento”, um conceito empregado por Hart para dar legitimidade ao que é ou não um texto jurídico – com todas as implicações que derivam dessa constatação (MORBACH, 2019) – um possível contorno. Em Waldron (1999), a regra de reconhecimento parte da atividade legislativa enquanto um *locus privilegiado* nas

discussões democráticas, porque elas assumem em seu procedimento uma tentativa de enfrentar o dissenso característico de sociedades complexas. Waldron (1999) afirma que a filosofia do Direito se preocupa demasiadamente com o que é discutido no âmbito dos tribunais e na teoria da decisão judicial, escapando, assim, um espaço necessário para se entender o mecanismo legislativo enquanto um ator importante na formulação das diretrizes de um Estado e do Direito e, em última análise, na concretização de comandos derivados da moral crítica (Waldron, 1999).

Uma das questões que surge a partir de tal concepção, ainda que se fale brevemente, é aquela sobre o poder das majorias frente às minorias numa democracia constitucional. Para isso, Waldron (1999, p. 14) busca explicar que “é essencial para a ideia dos direitos que as pessoas sejam agentes morais que devem ser confiadas com a responsabilidade de dirigir as próprias vidas”. Nesse sentido, há uma inversão no apontamento do lugar onde se pode irradiar comandos derivados da moral crítica – como, por exemplo, uma teoria de direitos humanos universais, tão cara ao tema da tensão entre majorias e minorias: a inflexão não se dá primariamente no campo do poder judiciário e os seus atores, mas no poder legislativo, dentro de um entendimento de representatividade. Vale repisar, portanto, que o escopo das tratativas acerca do que é correto e aplicável em termos da moralidade prática salta da esfera de um poder judiciário composto por agentes especializados – e, portanto, dotados de uma subjetividade própria – para os agentes que operam na esfera legislativa e que, em termos estritamente técnicos, são eleitos para exercer o poder por meio da representatividade ou por um campo legislativo direto como é o caso de assembleias, plebiscitos e referendos.

A questão fulcral deste trabalho, portanto, é tentar explicar as disparidades existentes entre duas teorias do Direito, o substancialismo de Ronald Dworkin e o procedimentalismo de Jeremy Waldron. Para que se possa alcançar o enfrentamento a essa questão é necessário retroceder brevemente ao início da discussão do positivismo jurídico e sua influência no debate travado nos dias atuais, sem olvidar dos critérios definidores de uma democracia representativa em um Estado democrático de direito contemporâneo.

Por fim, os desenlaces e problemáticas que surgem a partir das conceituações e discussões teóricas podem transbordar para um melhor entendimento da prática jurídica brasileira, em especial aquela praticada na esfera do direito processual civil, com um enfoque particular em um instituto como as intervenções de terceiro. Nesse sentido, é válido

mencionar a figura do *amicus curiae* no processo civil brasileiro. Previsão no art. 138 do Código de Processo Civil de 2015, o *amicus curiae* é uma espécie de intervenção de terceiro que, costumeiramente de forma parcial, pode auxiliar o juízo na tomada de decisão. Sua presença no processo pode ser voluntária, por iniciativa própria ou provocada pelo juízo, e “pode contribuir para a plenitude do contraditório e, conseqüentemente, para a legitimidade da decisão judicial a ser proferida” (DINAMARCO, 2019). Ainda que seus poderes sejam limitados, por representar um ponto de vista formado por, geralmente, órgãos e institutos da sociedade civil, sua presença assume uma esfera de maior participação dos atores sociais em uma decisão judicial, em especial aquelas que demandam um maior aprofundamento sobre o tema em discussão. Assim, pode se mencionar as tratativas no âmbito da ADPF 54, com o tema do aborto dos fetos anencéfalos, que reuniu entidades como a *International Women’s Health Coalition (IWHC)*, de um lado, e a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família de outro, dando um caráter democrático – no sentido de ampla participação – ao dissenso levado ao Tribunal.

2. O POSITIVISMO JURÍDICO DE HART E O INÍCIO DA QUESTÃO SOBRE O DIREITO E MORAL

Antes que se possam fazer considerações acerca das teorias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, autores que embasam a discussão sendo feita neste trabalho, é necessário retomar o positivismo jurídico de H. L. A. Hart e o início da celeuma acerca da relação entre Direito e moral e a natureza das normas jurídicas. Essa necessidade de retomada do pensamento de Hart se dá, sobremaneira, nos termos em que Shapiro (2017) expressa, porque “o conflito se dá entre um positivismo jurídico que trata a norma como um fato social e aquela que a toma como um conteúdo da moral crítica”. Certamente pode-se apontar a teoria do Direito em Hart como subscrita ao fato social, uma vez que em conceitos como os de “regra primária e secundária” apontam para tal. Esse conceito parte da construção de que regras primárias são aquelas que trabalham diretamente sobre os comportamentos e o poder coercitivo do Direito em uma determinada comunidade jurídica. O exemplo mais pragmático, utilizado inclusive por Hart, é uma regra hipotética que dita que em determinada igreja o uso de chapéus não é permitido. Essa regra pode ser exposta de forma expressa, como é comum em ambientes regulados por códigos – que, por sua vez, são subscritos a um determinado momento

histórico do Direito positivado – ou de forma tácita, como uma regra reconhecida no costume, em que a prática comunitária é a de que não é permitido o referido uso de chapéus em uma igreja.

A distinção é importante porque, como será visto adiante, mesmo os comandos normativos que partem de um código expresso – ou positivado – ou os que decorrem de uma prática reiterada, podem ser evitados de uma ambiguidade característica de fenômenos linguísticos – o que Hart chama de “textura aberta”, ou seja, a polissemia existente na linguagem. A proibição do uso de um chapéu na igreja pode ser o ponto de partida para desentendimentos acerca do conteúdo de uma mesma regra – por exemplo, se o conceito de chapéu abarca bonés, ou tomando em um sentido mais estrito, quipás. O poder conferido a quem pode, chamado de “poder discricionário”, por fim, reconhecer o verdadeiro sentido de uma norma – de um texto ou de um costume – é um ponto importante que vem sendo trabalhado no positivismo jurídico e no pós- positivismo jurídico, e é um elemento central da discussão a ser feita neste trabalho. A discricionarietà, por fim, é um subproduto da indeterminação do fato social, ou seja, é impossível transmutar padrões linguísticos aplicáveis a todas as contingências sociais inerentes à interpretação, daí a sua relação com a “textura aberta” da norma.

Falou-se sobre a regra primária e as questões que podem derivar de seu conceito na teoria do Direito de H. L. A. Hart, agora nos resta trabalhar o conceito das regras de reconhecimento, sua relação com a validade do Direito e as problemáticas advindas de tal concepção. A regra de reconhecimento surge como uma forma de identificação das regras primárias de obrigação, conferindo a elas o caráter de norma jurídica, e pode ser verificada tanto em sistemas de legislações positivadas ou aqueles característicos da *common law*. Retomando o exemplo anterior, a norma de proibição do uso de chapéus na igreja, a regra de reconhecimento é verificada quando fazemos a distinção entre um comando emitido por uma autoridade reconhecida ou por um agente externo desprovido de poderes para emitir comandos. Nesse sentido, explica Hart (2009):

Num moderno sistema jurídico, em que existe uma variedade de fontes do direito, a regra de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar o direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais.

A regra de reconhecimento, portanto, é uma construção conceitual que visa abarcar os elementos que conferem legitimidade jurídica a uma determinada norma. Ela pode assumir diferentes formatos em diferentes teorias do Direito – isso, inclusive, é uma dos pontos centrais da crítica de Ronald Dworkin à teoria de H. L. A. Hart, em que o primeiro afirma que o segundo vincula as regras de reconhecimento ao fato social, não reconhecendo um caráter de uma moral crítica ao fenômeno do Direito (SHAPIRO, 2017). Dito isso, pode-se traçar um caráter de validade a determinada norma jurídica, como explicitado por Hart (2009):

Podemos, na verdade, dizer simplesmente que a afirmação de que uma regra concreta é válida significa que ela satisfaz todos os critérios facultados pela regra de reconhecimento.

Feitas, portanto, as considerações acerca dos conceitos fundamentais na obra de Hart, como a distinção entre regras primárias de obrigação e regras secundárias, a “textura aberta” da norma e a discricionariedade, passamos ao breve estudo de Ronald Dworkin e suas críticas ao positivismo jurídico de Hart.

3. RONALD DWORKIN E A CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO DE HART

Feitas as considerações acerca do positivismo jurídico de Hart, passemos agora para os apontamentos de Ronald Dworkin e as questões pelas quais o seu pensamento é uma tentativa de superação de alguns paradigmas levantados por Hart. Primeiramente, é necessário refazer a consideração de Shapiro (2017) sobre o cerne da questão entre Hart e Dworkin. Segundo o autor, o debate não é sobre se o Direito comporta apenas normas jurídicas do tipo regras – que, como proposto por Dworkin, são tipos aplicados sob um critério de sim ou não –, mas o cerne da questão reside na interrelação entre Direito e moral. Faz-se tal apontamento tendo em consideração que Dworkin (1999) apresenta três teses que contrapõem o pensamento de Hart (1999), nos seguintes termos: em Dworkin (1999) há a figura do “teste de pedigree”, que, em uma leitura de Hart, o Direito em uma comunidade poderia ser identificado e distinguido por um critério específico quanto ao modo como ele é aplicado. Nesse sentido, pode se argumentar que a leitura de Hart (1999) feita por Dworkin (1999) leva o primeiro autor a ser um signatário da dita teoria do fato social (*social thesis*), enquanto um contraponto ao dito *normativity thesis*.

O que dá validade ao Direito, por meio da teoria da regra de reconhecimento, nesses termos, é o fato social, ou seja, os fenômenos sociais associados aos agentes do Direito (*officials*), portanto, restrito ao que é discutido em um ambiente socialmente jurídico, como os tribunais.

Esse será um ponto em que Dworkin (1999) tentará superar com sua teoria e que fará uma diferença fundamental na compreensão da unicidade de seu pensamento, a ser explanado à frente. Retomando as críticas de Dworkin (1999) ao pensamento de Hart (1999), podemos citar um segundo ponto: o primeiro autor alega que na teoria do positivismo jurídico do segundo autor o Direito comporta apenas normas do tipo regras, de uma forma exaustiva, e que quando um magistrado (*officials*) não encontra uma resposta adequada para o caso, ele faz uso da discricionariedade. Por fim, a última crítica de Dworkin (1999) reside na alegação de que afirmar que alguém tem uma obrigação legal é afirmar que seu comportamento deve ser observado por uma regra de Direito.

Dessa forma, Dworkin (1999), ao rejeitar o “teste de pedigree”, argumenta que a autoridade de uma norma em Direito nem sempre estará no suporte institucional ou positivado em uma regra, mas pode advir de princípios que, por sua natureza, podem ser compostos de um elemento derivado da moral crítica, como demonstrado em casos como *Henningsen VS Bloomfield Motors*. A cisão entre a validade da norma ser calcada no fato social (*social thesis*) ou em um comando derivado da moral crítica (*normativity thesis*), reside nessa leitura de Hart (1999) feita por Dworkin (1999) – o apontamento de que na doutrina de Hart um “padrão regular de comportamento” é condição de existência da norma. E quando há o dissenso sobre a interpretação e aplicação da norma – ligado, portanto sob essa ótica, ou fato social – volta-se à análise de seu aspecto normativo, aqui entendido como ligado à moral crítica. Esse ponto será caro à doutrina de Ronald Dworkin (1999) porque o autor, em tentativa de superação do positivismo jurídico, elenca os tipos normativos de regras, aplicáveis sob uma condição de sim ou não, e os princípios, que detém característica de peso e podem ser abstraídos de um comando da moral crítica.

O entendimento de que o Direito é formado não só por regras, mas por princípios, é uma das razões pelas quais pode se fundamentar a revisão judicial de atos de outros poderes constituídos, como o poder legislativo (VERBICARO; DE CASTRO, 2017). Se há o dissenso quanto à interpretação e aplicação de uma norma derivada do processo legislativo, em que a mera verificação do critério “aplicável ou não”, a teoria dos princípios em Ronald Dworkin (1999) retoma que a resposta pode

estar em comandos derivados da moral crítica, eivados de uma tradição histórica e o comprometimento com certos valores. Porque, repise-se, o direito como integridade, conforme proposto pelo autor, assume que as afirmações jurídicas pertencem a uma esfera interpretativa, e que, por esse motivo, são suscetíveis a elementos que consideram tanto o passado quanto o futuro, formando uma prática jurídica aliada a um processo de desenvolvimento (DWORKIN, 1999). Isso parte do entendimento do autor de que o Direito é um conceito interpretativo, decorrendo, então, a sua intitulada interpretação construtiva a partir das três etapas: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa.

4. JEREMY WALDRON E A RETOMADA DO PAPEL DO ATOR LEGISLATIVO NO CRITÉRIO DE VALIDADE DO DIREITO

Tendo em vista, portanto, que um dos pontos da celeuma entre Ronald Dworkin (1999) e Hart (1999) se dá por conta da regra de reconhecimento e a validade do Direito em uma determinada comunidade jurídica, passemos à análise do ponto de vista de Jeremy Waldron (1999) sobre o tema proposto. Em Jeremy Waldron (1999) o tema da regra de reconhecimento toma novos contornos, retomando, ainda que brevemente, o ponto de vista do fato social característico dos filósofos do Direito que admitem a *social thesis* (MORBACH, 2019), mas rejeitando o ponto de vista interno de juízes e atores do processo judicial (*officials*) para dar primazia ao processo legislativo enquanto um *locus* privilegiado na resolução do dissenso característico do Direito. No entanto, para que a teoria de Jeremy Waldron (2006) possa ser melhor aplicada em uma democracia constitucional, alguns requisitos devem ser observados no debate público. Um deles é o comprometimento dos atores envolvidos no processo legislativo com a internalização do dissenso, com a circunscrição de todos a um protocolo que torne os aspectos do processo íntegros e transparentes – como regras para os debates, para as discordâncias e para as votações. Nesse sentido, escreve o autor (1999):

As legislaturas modernas não só respondem ao dissenso, mas a internalizam. Para nós, importa que uma norma deva emergir de um processo que é deliberativo, um processo distinto não só por seu comprometimento *hobbesiano*, mas pelo compromisso de uns com os outros no ambiente de um debate parlamentar em que todas as visões são racionalmente competitivas sob uma proposição em consideração. Legislaturas modernas são estruturadas para

assegurar isso, com regras sobre sua representação (dos partidos, seus interesses e locais), regras sobre os debates, regras sobre as emendas e, acima de tudo, regras sobre o voto.

Sem tais considerações o procedimento legislativo pode ser manchado por vícios que corrompem a sua própria função, esvaziando de significado a tentativa do autor de elaborar uma alternativa de realocação da regra de reconhecimento. Nesses termos, podemos subscrever Jeremy Waldron (1999) como um autor comprometido com uma teoria procedimentalista, em contrapé ao que prevê o substancialismo de um autor como Ronald Dworkin (1999).

A primazia por um processo legislativo transparente enquanto um ator privilegiado para a resolução do dissenso é um dos pontos fundamentais da teoria de Jeremy Waldron (1999), na medida em que tenta contornar a regra de reconhecimento de Hart (1999) calcada na teoria do fato social, com o critério da moralidade crítica, agora vertida para os aspectos procedimentais do processo legislativo. Waldron (1999), no entanto, não deixa de lado um possível entendimento de que a primazia pelo processo legislativo democrático pode afastar a revisão judicial enquanto um ator fundamental na proteção de valores da moral crítica – como, por exemplo, a proteção constitucional de minorias frente às maiorias em uma república. No entanto, Waldron (1999) desloca o enfoque crítico na medida em que trata os atores do processo legislativo como representantes legítimos de uma vontade popular dotada de responsabilidade cívica. Nesse sentido, o pêndulo da moral crítica deixa de pesar para o lado daqueles atuantes em um processo judicial, em especial a figura de juízes, para os participantes do processo de criação, interpretação e aplicação da norma, reforçando uma teoria de Estado preocupada com os mecanismos de participação popular na formação do entendimento sobre a norma.

5. UM POSSÍVEL CONTORNO ENTRE AS DOTRINAS DE RONALD DWORKIN E JEREMY WALDRON: A EXISTÊNCIA E APLICAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NO BRASIL

Por fim, o ponto que nos interesse sob o aspecto da processualística civil brasileira. Como conjugar a figura da revisão judicial dos atos do legislativo com duas teorias do Direito antagônicas: o ator judicial imbuído de um poder de revisão que, na tentativa de superação da discricionariedade, é calcado na figura da aplicação dos princípios, comandos

normativos dotados de peso – em que a moral crítica se faz presente – e, uma segunda teoria, que desloca o ponto de validação do direito, por meio da regra de reconhecimento, para um fato social específico, qual seja, o processo legislativo. Antes de adentrarmos nas considerações sobre esse tópico, é necessário ressaltar que o dito processo legislativo enquanto um *locus* privilegiado na resolução do dissenso só funciona, na teoria de Waldron (1999), se levamos em conta que todos atuam de boa-fé, na defesa de seus interesses, mas comprometidos com um melhor entendimento da norma. A figura da responsabilidade individual é fundamental nessa teoria.

O *amicus curiae* é uma figura conhecida como gênero da espécie intervenções de terceiro, presente no Código de Processo Civil de 2015 no art. 138. Na prática o *amicus curiae* atua de forma parcial no auxílio do juízo para a tomada da decisão a ser proferida, em especial envolvendo casos de complexidade avançada, em que a norma muitas vezes não é clara ou o seu entendimento é controverso. Muitas vezes, também, sua presença é verificada em casos de extremo impacto no campo político-social, como quando da ADPF 54, sobre o tema do aborto dos fetos anencéfalos, em que, como *amicus curiae*, teve como participação entidades como a *International Women's Health Coalition (IWHC)* e a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família. Essa representação, portanto, não é, obviamente, como quando se dá no processo legislativo, em que a formação sobre o entendimento da norma se dá por atores selecionados e específicos – a figura do *amicus curiae* pode reunir o entendimento de que a regra de reconhecimento, que dá validade ao Direito, é calcada no fato social (nesse sentido, nos atores sociais envolvidos), com a visão de que há uma esfera da moral crítica envolvida no processo. É nesse sentido, portanto, que este trabalho busca resgatar a figura do *amicus curiae* enquanto um mediador entre as duas teorias do Direito, porque pode representar um campo privilegiado na resolução do dissenso em que o poder judicial – e o papel da jurisdição – não seja afastado na medida em que a participação popular no entendimento sobre uma norma específica tampouco o seja.

6. CONCLUSÃO

Por fim, podemos afirmar que os pontos das teorias levantadas por Ronald Dworkin e Jeremy Waldron apontam para uma preocupação central em democracias contemporâneas. Preocupação esta que pode ser verificada entre os aplicadores do Direito, em ambientes como os tribunais de

justiça e as discussões acadêmicas sobre a validade do Direito e a moral, ou no âmbito político-jurídico de atores como o poder legislativo. Se, por um lado,, a teoria de Jeremy Waldron não oferece uma resposta contundente para os mecanismos contramajoritários ínsitos em uma teoria da Constituição substancialista, como a brasileira, Ronald Dworkin tampouco trabalha com a hipótese de que a atividade jurisdicional, com todo o poder que lhe é investida, pode conter mecanismos que expressam uma possível arbitrariedade judicial calcada em uma subjetividade fechada em si mesma.

No entanto, ainda que ambas as teorias possam conter os seus vícios e virtudes, é necessário esclarecer que ambas oferecem um diagnóstico preciso dos percalços que a atividade jurisdicional enfrenta no presente quadrante histórico. É necessário, desse modo, pinçar criticamente os elementos que podem agregar a uma teoria passível de ser verificada na prática jurídica, em especial no Brasil. Por essa razão o exposto quanto ao instituto do *amicus curiae*, que, sob uma perspectiva que conjuga as problemáticas levantadas pelos autores, pode ser um mecanismo de integração e enfrentamento entre o dissenso público, característico dos processos legislativos, mas inserido no âmbito de uma decisão judicial.

7. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 12ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1986.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Do amicus curiae*. Cord. TUCCI, José Rogério Cruz e. FILHO, Manoel Caetano Pereira. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. DOTTI, Rogéria Fagundes. MARTINS, Sandro Gilberto. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: ed. AASP, 2019.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

-----, *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

HART. Herbert L. A., *O Conceito de Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

MORBACH, Gilberto. *A terceira via de Jeremy Waldron*. Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-graduação em Direito, 2019.

SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed”*. Mar., 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em 30 de nov. de 2021.

VERBICARO, Loiane Prado; DE CASTRO, Pietra Galutty Bezerra. *Direito, Controle Judicial e Democracia: O debate entre as Teorias Democráticas de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin*. Direito em Debate, Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí, Ano XXVI, nº. 47, p. 177-204, 2017.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, 1999.

-----, *The Dignity of Legislation*. Cambridge University Press, 1999.

-----, *The core case against judicial review*. The Yale Law Journal, vol. 115, n.06, abr. 2006, p. 1346-1406.

ACESSO À JUSTIÇA: A RELAÇÃO JURISDICIONADOS JUIZADOS E OS ASPECTOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE COVID

LIMA, Marcelo Machado Costa¹

BENEVENUTE, Bruno Scot²

RODRIGUES, Rafael D. S. C.³

- 1 Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Estácio de Sá. Pós-doutor 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. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa.
- 2 Bruno Scot Benevenute. Graduando do Curso de Direito do Ibmec. brunoscot@gmail.com.
- 3 Rafael D. S. C. Rodrigues. Graduando do Curso de Direito do Ibmec. rafaelcaetano@gmail.com.

RESUMO

O texto desenvolvido, constitui-se a partir da pesquisa amparada em literatura jurídica e correlata, bem como sobre o desenho institucional e *comportamento jurisdicional* na tutela gratuita do Estado para ações alcançadas pela Lei 9.099/95, notadamente de juizados estaduais. O estudo propõe, compreensão de resultados que contribuam para pensar os caminhos de aperfeiçoamento e sedimentação do dinamismo judicial, na prestação da jurisdição gratuita em atenção continuada com os Direitos Fundamentais que, no contexto da presente abordagem, sofrem ainda o atravessamento da crise sanitária desencadeada pela COVID 19. Os problemas enfrentados e as hipóteses trabalhadas são, respectivamente, a sobrecarga do sistema e os novos mecanismos de celeridade processual, na medida em que se tornou ainda mais urgente e imperiosa a recorrência às garantias jurídicas, observando, para tanto, o problema e a dialética dos extremos possíveis como no Ato Normativo Conjunto n.º 5/2021, que se põe entre a eficiência e a dificuldade para que seja plena e acessível seja ao jurisdicionado, ou mesmo à capacitação do serventuário da justiça. Vale dizer, que a comunicação digital também carece de alfabetização e que pode padecer de lacuna funcional no desempenho. O conhecimento recortado, fragmentado e de dados cruzados, típico do ambiente informatizado, por si só, já constitui um natural desafio. Ainda assim, é importantíssimo e, para esclarecer, qualquer sinalização nesta reflexão só é proposta para, como dito neste parágrafo e resumo, para em plano possível compor estudos para aperfeiçoamento e melhoramento de um sistema que acumula um propósito inovador e contributivo sem precedentes para os sistemas de justiça e para a realização da justiça.

Palavras-chave: Jurisdição; Processo Civil; SARS-COV2; Inafastabilidade da Jurisdição; Juizados Especiais.

1. INTRODUÇÃO

A redemocratização do Brasil, com início de processo datado a partir de 1988, redefiniu o país como um Estado de Direito, que consignou a conciliação, a inclusão, reafirmando que a existência de posicionamentos diferentes e conflitos de interesses não inviabilizam a coexistência pacífica de um povo, provando, já na proposta que a sociedade civil é apta a compor, baseada em direitos as regras de uma vida digna que respeite as diferenças e que não quer a desigualdade nem social nem regional, que quer o trabalho como um valor social, que quer a livre iniciativa e a livre concorrências responsáveis, que quer respeito às crianças, aos adolescentes, aos idosos, aos vulneráveis, que quer assistências aos desamparados e, certamente muito mais assistência aos miseráveis. E, restando claro, que ainda vivemos em um país de tantas desigualdades, todo empenho legislativo, administrativo e jurisdicional para mudança desse quadro é, no mínimo bem-vinda e aceitável. E, na constituinte de 1988, onde todos os congressistas puderam participar e, portanto, todos os representantes da sociedade civil, restou evidente que um Estado de Direito com uma sociedade que não os conhece seus direitos, ou não podem suportar economicamente o acompanhamento, ou não dispõe de condições para uma consultoria jurídica, ou uma assessoria, ou não pode arcar com o patrocínio de ação judicial ou honorários advocatícios, seja com vistas a homologação, ou seja com pretensão de reparação de dano à direito, etc., cria uma distorção jurídica e aumenta a desigualdade existente, à qual, pela Constituição se quer reduzir, debelar, além, é claro, de potencializar a violência decorrente dessa desigualdade, e promovendo ainda mais distorções jurídicas e mais necessidade de ajuizamento de ações que, pelos motivos acima, não poderiam ser propostas. Equivale a dizer que ainda que haja possibilidade jurídica do pedido, interesse e legitimidade das partes, na consonância presumida de forma prescrita ou não defesa em lei, o ajuizamento não seria possível pelos sobreditos motivos.

A Constituição, para tanto, trouxe consigo, no título e no corpo dos Direitos Fundamentais, as também, Garantias Fundamentais – termos correlatos, mas não sobrepostos. São coexistentes no título constitucional, porque não se confundem. Não são sinônimos. O cuidado do constituinte está em esclarecer que o direito é a previsão legal para o ato, comportando-se como o primado do amparo legal para ação que constitui um ato jurídico, no compromisso da cidadania e da vida civil. As Garantias Fundamentais consistem na blindagem destes atos. E, neste sentido,

a proteção tem início na iminência de violação do Direito, isto é, a ameaça a Direito Fundamental está também protegida por uma Garantia para que seu exercício seja possível, mesmo na iminência de cerceamento. Assim, o Direito terá um correspondente de garantia para seu exercício, diante do perigo, da hipótese de algum obstáculo tente inviabilizá-lo. A despeito da enorme carga valorativa e as garantias processuais, o programa em que consiste os denominados Juizados Especiais – Cível e Penal –, compreende a descrição de órgãos jurisdicionais criados para prestar o a tutela jurisdicional às causas cíveis de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo, respectivamente (art. 98, I, da CRFB). Assim, causas sensíveis, mas com menor complexidade, podem ser processadas nos Juizados. Tais órgãos são regulados pela Lei n.º 9099/95 e, por isso, o CPC só é aplicável aos Juizados Especiais quando houver manifestação expressa no texto normativo dele. Isso ocorre devido ao critério da especialidade utilizado para evitar conflitos aparentes de normas, ou seja, a lei especial sobressai perante a lei geral. No entanto, todos os textos normativos do ordenamento jurídico devem possuir compatibilidade vertical com o texto constitucional, ou seja, o elemento substancial da lei – seus valores – devem estar em conformidade com a Constituição; a Lei n.º 9.099/95, dessa maneira deve ser interpretada à luz da Norma Fundamental – Constituição.

2. A PROGRESSIVA RELEVÂNCIA DO JUDICIÁRIO E DO JEC

A nova face jurídica do país pós-88, careceu de correção de trajetória. Isto porque, os velhos hábitos de uma sociedade dominada por relações patrimoniais ainda regiam a concepção jurídica de atos, relações e negócios, sobretudo na vida civil, como se percebe, por exemplo, no Código Civil de 1916 que vigorou até a virada para o ano 2000, herança de um Brasil totalmente diferente do proposto pela constituinte de 1988. Mas essa referência não é despropositada. Ela revela que para corrigir algumas distorções o judiciário precisou ser acionado muito mais intensamente que o passado de sua história institucional pode registrar. É a gravação e o marco histórico da pauta definitiva para instauração da cidadania e, inclusive, os novos direitos, de uma constituição moderna, de uma das melhores e mais modernas do mundo.

Mas, a mudança não foi automática. Daí, a recorrência ao judiciário para reeducação dos atos, relações e negócios jurídicos. Neste contexto, onze anos após a promulgação do texto constitucional, entra

no ordenamento no ordenamento jurídico e na dinâmica jurisdicional, o Juizado Especial, com propósitos sentidos no sistema e na sociedade. A gratuidade da sua prestação não só permitia àquele que não detinha condições de ajuizar uma ação – além, é claro de custear um advogado – mas ajudava a desafogar o poder judiciário. Outro traçado muito importante associado à denominada menor complexidade – hoje matéria de discussão – é a celeridade do feito, o que retira, inclusive da interpretação jurisdicional a tradicional avaliação de lento desenrolar do processo.

Os Juizados Especiais Cíveis, assim, ao trazerem em seu corpo legal novos princípios que regem tal celeridade, promovem um impacto literalmente vital, quando, por exemplo, as questões são ligadas à saúde. Seu campo de atuação, que se encontra nas causas de menor complexidade, o §2º da Lei n.º 9.099/95, instaura ainda outros princípios – além da celeridade processual – que norteiam nos processos dos Juizados, como a oralidade, a simplicidade, a informalidade e a economia processual. Vale dizer e lembrar que todos os princípios, naturalmente, devem respeitar o Devido Processo Legal. Além disso, em consonância com os princípios citados, a Lei n.º 9.099/95 permite que, em causas de até vinte salários-mínimos, os jurisdicionados possam “atuar” no processo sem a representação de um advogado (art. 9º, caput), como foi dito acima, mas que complementamos que acima dessa quantia, os advogados serão necessários no patrocínio da causa, porém, a gratuidade do processo permanece.

Com o advento da pandemia do vírus SARS-COV2, novos procedimentos foram adotados na tentativa de, mesmo com todas as limitações, promover com a necessária eficiência o suprimento das demandas judiciais. Neste cenário de repentinas mudanças em que até mesmo a adaptação era difícil em razão do distanciamento social e do fechamento de portas por toda cidade, estado e país, fato é que, os jurisdicionados tiveram que se adaptar à nova realidade. O presente trabalho, preocupa-se em compreender e pontuar impactos e a nova relação com o judiciário, especialmente em JEC, que a pandemia acarretou, concernente à tutela jurisdicional, e assim, como se reposicionou o jurisdicionado, em seu figurar processualmente sem o auxílio de um advogado, procurando compreender e refletir se os atuais procedimentos viabilizam os dificultam o processo de Acesso à Justiça.

3. DEMOCRATICIDADE E ACESSO NO JUIZADO EM MUDANÇA DIGITAL

Quando considerada a natureza exploratória e métodos indutivos, dentro do cenário da COVID-19, a observação, acerca do balcão virtual, ensejou uma, entre outras lacunas, quando este ainda se adaptava os procedimentos adotados do momento vivido. No que se refere a eficácia dos procedimentos, a exemplo do balcão virtual – ferramenta implementada através do Ato Normativo Conjunto n.º 5/2021 –, percebe-se, por um lado, maior eficiência no processar das demandas submetidas à apreciação do juízo e das dinâmicas do próprio cartório – este último, também tendo significativo aproveitamento, mas, também, contrapontos que podem ser apreciados em pesquisa futura. Por outro lado, no referente à comunicação com o jurisdicionado – sem a figura de um advogado –, nota-se que esta não se dá de modo efetivo. Isto, porque a natural e compreensível inabilidade e manuseio de aparatos tecnológicos, bem como a imperícia no que se refere

a aspectos jurídicos, obtemperam, sob certo aspecto, o seu acesso à compreensão da atuação da justiça. Por óbvio, que o acesso à justiça, permanece. Não se pretende, aqui, desqualificar o mais sério, responsável, imprescindível e, sim, exitoso e estabelecido atuar institucional jurisdicional, mas se existem possibilidades de aprimoramento, certamente podem – ou, melhor – devem ser bem-vindas. Capacitação e qualificação integra o processo natural de qualquer ofício.

Então, retomando, tal fragilidade na comunicação entre o Jurisdicionado e o Órgão Judicial, enseja, também, natural consequência e impactos significativos, sejam estes uma maior morosidade processual, ou, até mesmo, a extinção da demanda, não tendo sido proporcionado um Acesso à Justiça em sua máxima eficiência que é o objetivo da prestação e, certamente, uma preocupação do órgão que passa por acompanhamentos periódicos acerca desta prestação. Aqui, o aperfeiçoamento para um, é benefício para todos.

Assim, é importante refletir sobre um serviço jurisdicional que, anteriormente, era acompanhado da celeridade e da facilidade ao acesso à justiça, viu-se limitado por um período de exceção que se apresentou. Tal limitação encontrava-se tanto no ramo tecnológico, uma vez que os jurisdicionados, em sua grande maioria, não possuíam recursos tecnológicos suficientes para que pudessem processar suas demandas, bem como na impossibilidade de locomoção, haja vista as medidas sanitárias restritivas, observando orientações da Organização Mundial de Saúde (OMS),

adotadas, a fim de se diminuir a propagação do vírus. Os jurisdicionados que ingressavam, fisicamente, pelas portas das comarcas do poder judiciário, mas, no contexto da crise sanitária que mudou radicalmente o cenário das relações, passaram a se encontrar em um espaço de limitação, para além das restrições.

Neste sentido, em relação a mecanismos digitais adotados, sejam eles o balcão virtual e o teletrabalho, nota-se eficiência e agilidade no que concerne ao processamento das demandas judiciais, entretanto, no que toca ao contato e comunicação com os jurisdicionados, sobretudo os que não possuem representação de advogados devidamente constituídos, verifica-se baixa efetividade e comprometimento de indivíduos leigos – ignorantes aos aspectos jurídicos e tecnológicos –, que acabem por serem prejudicados, como por exemplo, a expiração do tempo para determinados atos processuais, em virtude da falha de comunicação entre o órgão jurisdicional e o jurisdicionado. Com efeito, o retorno ao tema Acesso à Justiça é sempre renovado e o papel dos Juizados Especiais, também atualizado na construção do Estado Democrático de Direito. O desenho jurídico deste norte temático dá, assim, ensejo ao um certo neoprocessualismo.

4. O NEOPROCESSUALISMO NO NEOCONSTITUCIONALISMO

O serviço jurisdicional prestado pelo Estado contemporâneo de Direito e todas as suas garantias é fruto de crescentes e intensas revoluções históricas, teóricas e práticas, que a ciência jurídica e a teoria geral do Estado sofreram ao longo dos séculos. A ideia de um órgão ou autoridade que prestasse a função jurisdicional separada das demais funções estatais – executiva e legislativa – é ideia que se remonta, certamente, a Montesquieu e sua idealização de separação de poderes. Esta, por sua vez, teve papel fundamental na expansão do movimento constitucionalista, sobretudo o americano, na qual tornou-se um axioma para determinar a *democraticidade* de um Estado contemporâneo. Cabe ressaltar, no entanto, que, assim como toda ideia oriunda do iluminismo, a idealização de Montesquieu recebeu novas modelações, isto é, a premissa da separação de poderes clássica era voltada para a proteção da liberdade do indivíduo, ou seja, o intuito era limitar o poder do Estado absolutista, dado que o poder e as funções estatais estavam, precipuamente, centradas na mão do monarca (DALARI, 1998, p. 77).

Todavia, atualmente, a concepção acerca da separação dos poderes é voltada para o sentido da eficiência, quer dizer a repartição do poder

teria como foco norteador a atribuição de determinadas competências – neste caso, a jurisdicional – para determinados órgãos/autoridades para que estes, por sua parte, exerçam-na com melhor especialização (DALARI, 1998, p. 77). No que se refere às garantias relacionadas à prestação do serviço jurisdicional, estas obtiveram grande expansão devido a Constituição de 1988, que trouxe consigo uma enorme carga valorativa no que concerne os direitos fundamentais e sua efetiva concretização nos casos concretos. Isso se relaciona com um movimento contemporâneo denominado de neoconstitucionalismo de matriz pós-positivista (BARROSO, 2018, p. 305), no qual tenta-se romper com o legalismo acentuado do positivismo jurídico e faz da atuação jurisdicional um dos pilares da efetiva materialização dos direitos fundamentais. A constituição, dessa forma, passa a ser o centro de todo o sistema jurídico, não só hierarquicamente falando, mas expandindo seus valores, seus ideais, seus princípios, seus objetivos para todo o ordenamento jurídico.

O papel do judiciário é, neste sentido, conformar as normas infraconstitucionais aos valores da Constituição, através da interpretação e aplicação dessas (LIMA, 2016, p.152-153). Por consequência, o processo, que é o instrumento, o meio que no qual os indivíduos podem reivindicar seus direitos, deve se conformar aos valores da Constituição também. Por isso, a Constituição de 1988 traz alguns direitos denominados de “direitos fundamentais processuais”, estes, por sua vez, visam a garantir que o Acesso à Justiça, o processo jurídico propriamente dito seja conduzido de uma forma justa, sem parcialidades e abusos de poder do ente estatal. Citamos, por exemplo, a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CFBR) e todos os seus corolários, como a ampla defesa, o contraditório, a proporcionalidade, a celeridade, a publicidade, a igualdade processual etc.

Para esse sentido de processo, ou seja, o processo jurídico e o serviço jurisdicional carregado por valores que garantam a dignidade da pessoa humana, alguns autores o denominam de *neoprocessualismo* ou *formalismo-valorativo* (DIDIER JR., 2021, p. 65). Positivado na forma do Art. 5º, XXXV, o Acesso à Justiça é direito fundamental garantido pela Carta Política, tendo como principal objetivo promover um sistema igualmente acessível a todos, bem como produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, p. 8).

Desafios pontuais e recorrentes dificultaram e ainda dificultam o pleno acesso à justiça, sejam eles, as custas judiciais – onde deve ser considerada a condição financeira de cada uma das partes em litígio –, bem como a capacidade pessoal de cada um dos litigantes em reconhecer um

direito que fora violado, ou, até mesmo, buscar instruções jurídicas necessárias para que este venha a ser reparado. Todavia, permanente, também é o movimento de empenho na direção do aperfeiçoamento para que o acesso se torne cada vez mais completo, tendo a continuidade do plano, programa e projeto de viabilizar, com máxima efetividade, as garantias fundamentais processuais.

5. A REEDIÇÃO DE COMPORTAMENTOS NA DINÂMICA DIGITAL DO PROCESSO

As novas formas de relações sociais e seus naturais conflitos de interesses, que, por si só, já experimentavam mudanças na reinterpretação da isonomia formal e material, assim como a liberdade, foram intensificadas pela necessidade de readequação digital e, somada a esse expediente natural de mudança diária, ainda houve o ambiente da crise sanitária, com seus respectivos protocolos e caminhos digitais em massa, que fixados em seu contexto deram causa, às vezes a imprecisões, vagezas, lacunas e, em outros momentos, à desejada celeridade, para cumprir a duração razoável de espera de conclusão de um processo.

O que é preciso compreender nesta dinâmica é que todos os envolvidos, isto é, não apenas as partes e seus procuradores, mas também os serventuários e membros do judiciário. Estamos querendo apontar que mesmo pessoas capazes e qualificadas, com treinamento e orientação podem encontrar dificuldade no trato digital. Estamos falando de pessoas que dispõem de uma formação dedicada e ainda assim, ter de lidar com uma outra forma de proceder dentro das atribuições. Os próprios magistrados, progressivamente tendo de se adaptar, mesmo com os cursos continuados que as respectivas Escolas de Magistratura oferecem, ou dos blocos e módulos realizados no Brasil e no exterior, ainda assim, o mundo digital tem linguagem e dialetos que não são assimilados tão instantaneamente. Para tanto, se essa é uma verdade de dificuldades e desafios a serem reconhecidos para aqueles que já estão previamente instituídos e preparados para o exercício de suas respectivas atribuições e funções, nas quais já lidam de modo informacional, muito mais, devem ser reconhecidos como verdade de dificuldades e desafios para aqueles não só não compreendem o nosso sistema de justiça, como também não são versados em nenhuma relação com um mero computador.

Quanto ao argumento de que o jurisdicionado opera muito bem um celular e que os aplicativos descomplicam, sim, deve ser reconhecido

que os desenvolvedores têm feito um excelente trabalho e isso jamais é posto em dúvida, nesta abordagem. Vale lembrar o que foi dito em linhas anteriores, de que o propósito é o de que possa haver aperfeiçoamento e detecção das necessidades de preenchimento no distanciamento ou lacunas no processo de tutela em toda sua composição. O que se deseja reconhecer, é que desafio se faz por causa do outro argumento, também acima mencionado, qual seja, o de que a linguagem própria da sociedade que trabalha em bases digitais já é um desafio em si e, mais ainda, com seus dialetos e ressignificações que, para o jurisdicionado se faz distante ou de difícil leitura.

Com efeito, tem-se mais um desafio em todo esse arco de construção do processo, a saber, o da responsabilidade instrutória, poque para esta, também é necessário compreender os novos formatos de produção de material que satisfaça os parâmetros, os moldes ou até mesmo uma simples extensão de arquivo, que não pode ser acessado em qualquer sistema. Toda uma construção em que o probatório parece ter de se dobrar ao *tecnológico* da colonização digital dos sistemas de vida humana e social.

6. O DESAFIO PRESENTE DO FUTURO

O desafio de redesenhar o raciocínio jurídico por força da massiva condução da sociedade ao território digital, naturalmente pode criar distorções. Vale lembrar, que há reconhecimento de todo avanço e contribuição do advento informacional das bases de dados e processamento computacional. A contribuição dos gigantescos cálculos que são realizados em frações impressionantemente menores de tempo, o encurtamento das distâncias, as atualizações em tempo real, todos esses aparatos, não deixam restar dúvidas sobre a impossibilidade de retorno, porque, de certo seria um retrocesso. O desafio da alfabetização digital no contexto da justiça, entretanto, vai ao profundo, ao encontro do Direito Fundamental que prima pela isonomia. E esse princípio positivado, também é orientado para uma igualdade material, traduzindo imperiosamente, a responsabilidade de equilibrar a equação no sentido de que aquele que não está inserido, seja um incluído digital, ao menos no processo, com a programática de esclarecimento das progressivas mudanças.

É importante ainda, pontuar que os procuradores, advogados, também têm passado por esta necessária atualização de cursos e trabalhos, visto que muitos, não se adaptam e, embora possa ser sugerido que a dificuldade repousa sobre os advogados mais antigos, há um grupo que,

mesmo atualizado encontra dificuldade. Basta considerar, que a mudança de apresentação de uma página na internet já dificulta encontrar o caminho que habitualmente fazemos para acessar determinada informação.

Realizadas as considerações acerca da dinâmica e dos sujeitos, é compreensível que o enfrentamento das novas formas de composição da lide não só anuncia mudanças identificadas e em catalogação. Ele, o enfrentamento, constitui um desafio para pensar a jurisdição, a atividade jurisdicional e o jurisdicionado, cada um como um ente completo em si mesmo que carece de reavaliação continuada diante de mudanças internas permanentes, seja pela incorporação do conhecimento, seja pela sua própria estrutura ou identidade que também muda, a partir disso.

A jurisdição é repensada, para além da informatização, mas como um conceito e realidade muito mais dinâmica, lembrando, inclusive a autorreferência do Superior Tribunal de Justiça, em sua própria página, como O Tribunal da Cidadania e referência internacional em processos eletrônicos, gestão socioambiental e transparência. Mas sempre vale uma inquietação como, por exemplo, se um *habeas corpus* for fisicamente endereçado ao tribunal, poderia ser encaminhado ao processo de digitalização? Seria aceito como peça? Sabemos que não é uma proposta de sabotagem de sistema, nem tampouco, tentativa de problematização inofensiva; mas uma sincera preocupação de que, sim, o Direito Fundamental da liberdade encontrará neste remédio jurídico, o mais amplo e exitoso cumprimento de expediente requerido processualmente da pessoa do impetrante e, para que não reste dúvidas, o caso aconteceu em 2015⁴. Ou seja, a preocupação, deve ser orientada para prover os meios de transição, ou a correlação necessária, para que o direito não reste prejudicado em todo este arco mutacional – da vida do próprio sistema – contínuo de uma realidade designada e designadora como é a jurisdição.

7. CONCLUSÕES

A pesquisa procurou desdobrar as preocupações que são pontualmente identificadas para o cuidado e conservação da jurisdição, compreendendo a observância dos princípios processuais que, em nada foram afastados no projeto de uma justiça cada vez mais digital, mas, naturalmente que é importante que todo este trâmite seja percorrido com a cadência que mantenha a responsabilidade de guarda dos direitos fundamentais de

4 Para acesso da matéria, basta acessar o endereço do Superior Tribunal de Justiça no link, a seguir, Preso envia habeas corpus ao STJ escrito em papel higiênico.

cada jurisdicionado, e cada agente envolvido numa dinâmica que parece se reescrever de modo diferenciado a cada novo termo exordial na ciência da composição do conflito, ou mesmo da homologação simples.

Na visitação realizada por esta breve abordagem, a isonomia material se fez uma das preocupações subjacentes a toda discussão, uma vez que, ao fundo, como também na superfície, o jurisdicionado é o tutelado e o destinatário da responsabilidade jurisdicional do Estado. Em caso, mais específico, em se tratando do Juizado Especial, tem-se a agregação do fator econômico. O jurisdicionado sem recursos, com direitos violados, dificultaria o ingresso em juízo, caso não fosse através de um Juizado Especial, reafirmando a isonomia material a cada novo ajuizamento, tornando a jurisdição um dos constituintes mais reforçadores da democracia no Estado de Direito. *E, a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito*, como consigna a constituição brasileira no inciso XXXV, do artigo 5º.

Neste contexto, a abordagem trouxe a referência e renovo de afirmação da progressiva relevância do judiciário e do JEC no processo de redemocratização iniciado pelo constituinte de 1988. A importância e o lugar do Juizado, nas questões consumeristas e de saúde foram redefinidoras, especialmente, no cenário de crise sanitária, onde o enfrentamento e a administração jurídico-política das demandas mostraram-se inadiável ao mesmo tempo que imprescindível. As mudanças e adaptações digitais foram se moldando e se ajustando, mas, naturalmente o redesenho careceria de uma reavaliação da adaptação que não teve tempo de ser pensada. O judiciário foi rápido e reconhecidamente eficiente, mas sempre há necessidade de aperfeiçoamento, em especial em um país com tantas desigualdades como é o Brasil. Com efeito a emocraticidade para a mudança digital, mencionada no terceiro item do texto observa correlações e necessidades para que a mudança digital, não venha a desencontrar-se da tutela isonômica do jurisdicionado.

Com efeito, um neoprocessualismo se instaura em consonância com o neoconstitucionalismo e, valendo-se das preocupações com a isonomia e com a saúde, especialmente no cenário da crise sanitária, tem-se, mais um avanço importante com os projetos de inclusão que envolve os atores deste computo de relações. Daí, as informações de utilidade pública, a capacitação e atualização dos serventuários da justiça e, até mesmo a atuação dos desenvolvedores na criação e melhoria de aplicativos, seja para a justiça, seja para o jurisdicionado.

Essa reedição do comportamento de todos os envolvidos foi requerida pela nova dinâmica do processo, observando os sobreditos cuidados nos desdobramentos do processo judicial e, neste sentido, a reflexão presente não se deteve na referência ao balcão virtual, mas se colocou a pensar a amplitude da nova dinâmica digital, apontando para desafios futuros que já se fazem apresentados no tempo atual porque a expressão demanda adquire uma hermenêutica singular quando se trata de um tempo que não é mais linear, em razão da força massiva do cruzamento de dados, cruzamento que, em certo sentido comanda os horizontes de possibilidade do trato pelas referências normativas gerais e abstratas, típicas da lei, notadamente, processual.

Percebeu-se, por fim, que as singularidades no que se refere à eficácia e acesso ao serviço jurisdicional prestado aos jurisdicionados em ambiente digital, por óbvio é produtiva, proveitosa, célere, eficiente. E, por tal motivo, muito confortavelmente, se pode reafirmar nesta conclusão que o trabalho não se encerra no projeto, mas, carece de aperfeiçoamento contínuo, ou seja, na relação com os mecanismos adotados pelos órgãos jurisdicionais, como o balcão virtual e o teletrabalho, em que nota-se eficiência e agilidade no que concerne ao processamento das demandas judiciais, há também, no que toca ao contato e comunicação com os jurisdicionados, sobretudo, os que não possuem representação de advogados, uma necessidade de aperfeiçoamento, para não incidir em risco de baixa efetividade e comprometimento de indivíduos leigos – sem conhecimento dos aspectos jurídicos e tecnológicos –, que acabam por ficando prejudicados, como, por exemplo, em uma simples expiração do prazo para determinados atos processuais, em virtude da falha de comunicação entre o órgão jurisdicional e o jurisdicionado.

8. REFERENCIAS 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.

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

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1. Bahia: Editora Juspodium, 2021.

PROVOCAÇÕES JUSFILOSÓFICAS ACERCA DA DECISÃO JUDICIAL: VALORES E LIMITAÇÕES AO ATO DE DECIDIR

CABREIRA, Thiago da Silva¹
SANTOS, Diogo Luiz Teixeira dos²
SILVA, Gabriel Pereira da³
SOARES, Milton Delgado⁴

- 1 Graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM - 2019). Membro do grupo de pesquisa Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissional DGP-CNPq (UCAM). Assessor jurídico no Ministério Público Federal (MPF). E-mail: thiagoscabreira@gmail.com.
- 2 Pós-graduando em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Pós-graduado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV Rio - 2015). Graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM - 2020). Graduado em Turismo pela Universidade Federal Fluminense (UFF - 2013). Membro do grupo de pesquisa Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissional DGP-CNPq (UCAM). Advogado. E-mail: diogotx@gmail.com.
- 3 Pós-graduando em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM - 2020). Membro do grupo de pesquisa Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissional DGP-CNPq (UCAM). Assessor jurídico no Ministério Público Federal (MPF). E-mail: gps_rj@hotmail.com.
- 4 Doutor em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGF/UFRJ). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Candido Mendes (UCAM) e Líder do Grupo de Pesquisa Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissional DGP-CNPq (UCAM). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

RESUMO

A ascensão do poder Judiciário no Estado Constitucional trouxe consigo diversos questionamentos, um deles diz respeito em saber se pode existir limites à atividade interpretativa do judiciário. O presente trabalho ao partir de uma investigação jusfenomenológica evidencia que a atividade decisional do magistrado é, na verdade, um ato de compreensão, na qual o julgador busca evidenciar os valores discutidos em juízo com vistas a possibilitar a garantia da obrigatoriedade da coexistência humana. O trabalho tem por objetivo fomentar a investigação axiológica jurídica, trazendo novamente ao debate a importância dos valores na atividade jurídica, sobretudo a sua influência na atividade judicativa concebida na atividade decisional e interpretativa do Direito. A pesquisa parte de uma revisão bibliográfica de obras filosóficas e jurídicas, e adota uma abordagem fenomenológica acerca do Direito, tendo como marco referencial as lições de fenomenologia jurídica de Aquiles Guimarães, bem como algumas contribuições filosófico-jurídicas de Miguel Reale e António Braz Teixeira, compatibilizadas com a visada fenomenológica aquiliana. A pesquisa conclui, ainda que parcialmente e introdutoriamente, que o homem enquanto valor-fonte e a justiça enquanto valor que dá sentido ao jurídico se consubstanciam em verdadeiras invariantes axiológicas que limitam a atividade decisional, não podendo o jurista ir de encontro a esses valores, sob pena de tornar sua decisão em um ato não-jurídico, pois não está revestido de juridicidade. O trabalho está dividido em três seções e trata-se, na verdade, de um convite à reflexão axiológica jurídica, razão pela qual não é apresentado nenhum estudo exaustivo ou conclusão categórica acerca dos questionamentos suscitados ao longo do trabalho, mas se busca, tão somente, expor a importância do debate axiológico jurídico, ao tempo em que se investiga a existência de invariantes axiológicas que se impõem como limites ao ato de decidir.

Palavras-chave: fenomenologia; axiologia; juridicidade; filosofia do direito.

1. INTRODUÇÃO

A constitucionalização do Direito e a conseqüente ascensão do Poder Judiciário trouxe novamente ao debate acadêmico a preocupação pelo conteúdo e limites das decisões judiciais; se no Estado Legislativo a atividade decisional do magistrado poderia ser compreendida como algo simples, uma vez que ao juiz cabia apenas aplicar o texto da norma (*bouche de la loi*), a virada cultural do pensamento jurídico no Estado Constitucional traz novas problemáticas para o entendimento do ato decisional.

Conforme defende Mitidiero (2017, p. 19), o Estado Constitucional trouxe uma alteração na compreensão do Direito, de modo que este deixa de ser um objeto total e previamente dado, transformando-se em algo a ser “descoberto”, ou a ter o seu sentido e significados conhecidos ou reconstruídos, sendo o processo o caminho para essa descoberta e a decisão uma forma de constatação ou expressão do Direito, ou simplesmente jurisdição: o ato de dizer o Direito.

É por essa razão que no Estado Constitucional há uma grande valorização da atividade hermenêutica realizada pelos magistrados, uma vez que a norma e o texto da norma passam a ser duas realidades distintas, mas conectadas, sendo a primeira extraída da segunda a partir da interpretação do julgador (GRAU, 2021, p. 46).

Dessa forma, se a atividade decisional se revela como uma expressão do sentido do Direito, a decisão jurídica deve ser encarada com certa cautela e rigorosidade, sob pena de desvirtualizar o sentido e significado do jurídico.

A partir dessas constatações, o presente trabalho tem por objetivo verificar se existem limites à atividade interpretativa judicial, bem como busca investigar se é possível constatar a existência de valores que se consubstanciam em verdadeiras “invariantes axiológicas” capazes de oferecer limites à atividade judicativa. Para tanto, o trabalho adota uma abordagem fenomenológica e parte de uma revisão bibliográfica de obras jurídicas e filosóficas, tendo como marco referencial as lições de fenomenologia jurídica de Aquiles Guimarães (2013).

O trabalho está dividido em três seções, na primeira busca se investigar de forma introdutória a região ôntica em que se situa o Direito. A partir dos ensinamentos fenomenológicos de Aquiles Guimarães (2013), se constatará que o Direito se revela como um objeto ideal pertencente à região ontológica das criações do espírito, de modo que o ser jurídico se

apresenta como uma criação do espírito com vistas a possibilitar a garantia da obrigatoriedade da coexistência humana. Outrossim, se verificará que a realidade jurídica é, na verdade, uma realidade voltada para valores, razão pela qual o Direito se revela, mormente, como um ser que visa a identificar e proteger valores.

Em um segundo momento, a pesquisa terá por objetivo abordar a essência da interpretação jurídica. Se concluirá que a interpretação se revela como um ato de compreensão, o qual se inicia dentro de uma atmosfera axiológica, de modo que a decisão não se mostra como uma atividade unicamente guiada pela razão, dado que ao julgador cabe evidenciar os valores em conflito na ação jurisdicional e tentar encontrar um caminho adequado para que eles possam ser novamente “harmonizados”.

Na última seção o trabalho se volta para o seu objetivo central que é investigar a existência de limites à decisão jurisdicional. Neste momento se constatará a existência de verdadeiras invariantes axiológicas que se mostram como limites ao ato de decidir, sob pena de violação à essência do jurídico.

A partir desses apontamentos, o trabalho concluirá que a realidade jurídica é uma realidade voltada para valores, e que por isso a decisão jurídica não pode ir de encontro aos valores fundantes do Direito, sob pena de se revelar como um ato não-jurídico, pois não estará revestido de juridicidade⁵.

A pesquisa trata-se de uma provocação acadêmica acerca da influência axiológica na decisão judicial, trazendo para o debate a questão dos valores a partir de uma visão não solipsista deles; o objeto é tentar trazer luz ao debate axiológico jurídico de forma rigorosa e longe de discursos sentimentalistas, uma vez que a realidade valorativa do Direito não pode ser negada, embora possa se contestar a imprecisão e abertura para discricionariedade decisional a partir de uma leitura solipsista dos valores jurídicos.

O trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, tampouco apresentar um estudo exaustivo e tentar elaborar respostas para todas as indagações levantadas no percorrer do escrito, trata-se, na verdade, de um convite para uma reflexão devidamente séria sobre a realidade valorativa do Direito e sua evidenciação na vida prática do jurídico.

5 O termo aqui é empregado no sentido defendido por Aquiles Guimarães (2013).

2. A REALIDADE AXIOLÓGICA DO JURÍDICO: O DIREITO COMO OBJETO CULTURAL

As grandes alterações provocadas na sociedade pelas crises que assolaram a modernidade influenciaram fortemente a concepção acerca da vida e as leituras sobre o mundo; a crise espiritual e cultural da humanidade da qual Husserl discorria em sua conferência em Paris (HUSSERL, 2012) e em seus artigos para a revista japonesa *Kaizo* (HUSSERL, 2014) apenas representavam o prenúncio de uma era marcada pela fragmentação do humano (SALDANHA, 2010, p. 32).

Essa fragmentação, por sua vez, ao alterar o modo de ser do homem e o modo de compreensão acerca do mundo influenciou grandemente a relação do homem com o saber (*Wissen*) e, por conseguinte, com a ciência (*Wissenschaft*).

Nesse sentido, o Direito que antes poderia ser vislumbrado como algo simples, como um objeto total e previamente dado (MITIDIERO, 2017, p. 19), reduzindo-se aos textos positivados, como, por exemplo, era a concepção da escola da exegese francesa dos setecentos, passou a ser visto como algo complexo, como um objeto a ter o seu significado descoberto ou reconstruído.

É a partir desta concepção que a atividade interpretativa do jurista passa a ter um maior destaque na atividade jurídica, pois a partir do momento em que se compreende que o significado do jurídico não é algo previamente dado, ou contido no texto da norma, mas sim é algo a ser evidenciado, o Direito passa a ser encarado não mais como uma ciência positiva e sim como uma ciência social, sendo, por conseguinte, uma “ciência” interpretativa (GADAMER apud SALDANHA, 2010, p. 21). Entretanto, compreender o jurídico como uma “ciência” interpretativa nos direciona a uma questão fundamental sobre qual seria o objeto de interpretação do Direito.

Por sua vez, a indagação acerca do objeto de interpretação do Direito traz em si uma outra inquietação que diz respeito a própria natureza do jurídico; a região ôntica em que se situa o Direito, pois a interpretação de algo implica em investigar a natureza daquilo que se quer interpretar (REALE, 1992, p. 235), isto é, para se evidenciar o objeto de interpretação do jurídico, faz-se necessário investigar-se, também, a própria natureza do jurídico.

As leituras históricas clássicas sobre o Direito podem ser facilmente divididas em duas grandes correntes de pensamento que marcam a

história do pensamento jusfilosófico, tais correntes buscam explicar a natureza do jurídico, são elas o jusnaturalismo e o juspositivismo. Ambas correntes, entretanto, partem de uma visão não depurada acerca do jurídico.

Enquanto o jusnaturalismo, de um modo geral, compreende o jurídico a partir de bases mitológicas/religiosas, o juspositivismo clássico em sua tentativa avaliativa e imparcial de descrever a realidade jurídica acaba por realizar uma separação do jurídico do mundo da vida (*lebenswelt*), desligando, ainda que teoricamente, o Direito do homem.

Ambas as concepções partem não das coisas mesmas do Direito, e, por isso, não compreendem a diferença entre o objeto Direito e os objetos do Direito, isto é, entre o próprio ser do jurídico e sobre aquilo no qual o jurídico atua.

É a partir de tal problemática que a fenomenologia se apresenta como um *standard* de racionalidade capaz de permitir ao jurista um olhar depurado para sobre o Direito, com vistas a compreender o Direito a partir de sua essência, e não mais de teorizações distantes do mundo da vida, ou vislumbrado a partir de conceitos solipsistas.

Edmund Husserl ao apresentar a fenomenologia não como um método propriamente dito (GUIMARÃES, 2005; 2007), mas como uma atitude, concebe um modo de conhecimento que rompe com o saber dedutivo ou empírico e apresenta um conhecimento sem pressupostos, não conceitual, o qual tem como ponto de partida as coisas mesmas, isto é, os objetos em sua essência, em sua mostração originária.

O fenomenólogo ao despojar-se de uma atitude natural e suspender provisoriamente (*epoché*) seu conhecimento sobre o objeto ou sobre o que se quer conhecer dele, adquire uma nova postura frente ao conhecimento das coisas, pois ao proceder com uma atitude fenomenológica ele visa a desocultar aquilo que há de essencial na experiência do objeto, com o escopo de enxergar os fenômenos tais como eles se apresentam a nós, livre de subjetivismos solipsistas, discricionariedades, ou qualquer outro preconceito ou juízo preconcebido (GUIMARÃES, 2013).

A partir de tais perspectivas é que surge a concepção da fenomenologia jurídica como teoria do Direito, mas não como uma nova teoria a ser recolocada em circulação e sim em uma “conversão do espírito a um outro modo de ver os fenômenos da vida das relações jurídicas” (GUIMARÃES, 2013, p. 189)”, isto é, trata-se de uma nova forma de compreender as vivências jurídicas; reler os sentidos e significados intuídos por meio de todas as teorias até hoje presentes, porém a partir das essências do jurídico.

A fenomenologia enquanto ontologia compreenderá a realidade como um reino de objetos reais e ideais, abarcando nessa perspectiva as regiões ontológicas do mundo natural e do mundo do espírito (GUIMARÃES, 2013).

Nessa perspectiva, o Direito, na visão do jusfenomenólogo, enquanto criação humana, não se apresenta como um objeto real, pertencente à região ontológica do mundo natural, mas sim como um ser ideal, pertencente à região ontológica das criações do espírito (GUIMARÃES, 2013, p. 178). É por essa razão, que a fenomenologia jurídica, diferente do realismo jurídico ou do positivismo jurídico clássico, não consegue reduzir a visada jurídica a simples objetividade dos fatos e das normas; embora o jurídico venha ao mundo para garantir a coexistência humana (GUIMARÃES, 2013, p. 178) e essa função “garantidora” do Direito signifique regular ações e fatos, que é realizada por meio de normas, reduzir o ser do jurídico aos fatos e às normas significa reduzir a horizontalidade e a amplitude infinita dos sentidos do Direito (GUIMARÃES, 2013, p. 178).

O Direito, enquanto ser pertencente à região ontológica das criações do espírito, apresenta-se como espírito objetivado (TEIXEIRA, 1990, p. 102), assinalando-se, primariamente, como um objeto cultural (GUIMARÃES, 2013, p. 178). Enquanto objeto, aparece como um polo de significações, i.e., como um X de uma multiplicidade de sentidos e significações que serão desvelados a partir da experiência jurídica que advém de sua concreção no mundo (GUIMARÃES, 2013, p. 178).

Por se revelar como um polo de significações que só adquire sentidos a partir de sua concreção no mundo, o Direito encontra seu fundamento último na consciência⁶ (GUIMARÃES, 2013), pois é a partir da intencionalidade intuitiva dela que o jurídico revelará os seus sentidos e significados. Porém, por ser um objeto fruto da objetivação do espírito, o Direito não pertence à ordem racional e lógica, mas sim à dimensão espiritual do sentimento (GUIMARÃES, 2013, p. 137-138); significa dizer que o Direito não é fruto da razão - embora dela faça proveito -, mas sim fruto da objetivação valorativa, se constituindo como uma ordem sempre direcionada aos valores (GUIMARÃES, 2007), se manifestando, também, como “um espaço de confluência valorativa que no curso de sua vivência sofre a influência ou a incorporação de novos valores oriundos do reino axiológico” (SILVA, 2020, p. 21).

6 O termo é aqui empregado em seu sentido fenomenológico. Para uma melhor compreensão acerca do tema v. SOKOLOWSKI, Robert. *Introdução à Fenomenologia*. Tradução Alfredo de Oliveira Moraes. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2014.

Ao contrário do que sustentam os relativistas axiológicos, os valores não são relativos, frutos de uma subjetividade solipsista, pelo contrário, “valor é algo que incorporamos à nossa vivência histórica” (GUIMARÃES, 2007, p. 45), são sempre objetivos, mas não objetiváveis no “sentido de se tornarem objetos da razão teórica, como coisas que possam ser deduzidas de um conceito geral e empiricamente observadas” (VOLKMER, 2006, p. 63).

Assim, o Direito não é apenas um instrumento estatal criado pela natureza humana com vistas a possibilitar a garantia da coexistência social por meio de normas e regras, mas é um meio de concretização histórica dos valores percebidos pela sociedade; é instrumento da consciência histórica valorativa do homem, na eterna busca pela manutenção do homem, razão pela qual a realidade jurídica é sempre uma realidade valorativa, com vistas a garantir a possibilidade da vida em sociedade, e, em uma última análise, da própria manutenção do homem.

3. A INTERPRETAÇÃO COMO UM ATO DE COMPREENSÃO E A DECISÃO COMO UMA ESCOLHA ADEQUADA

Se a realidade jurídica é sempre voltada para valores, sendo sempre guiada pela consciência histórica do homem, a interpretação jurídica é, também, uma interpretação de valores transpassada por um olhar histórico.

Significa dizer que o intérprete do Direito não pode ser alheio à concepção histórica que o antecedeu e aquela que o circunda, razão pela qual a noção de criação do Direito a partir de decisões judiciais ou interpretações não se trata de uma criação *ex nihilo*, mas sim trata-se de uma construção histórica. A evidenciação do sentido e significado do jurídico passa pela revelação histórica da razão universal, enquanto elemento essencial e determinante da sociedade.

A interpretação jurídica passa a ser uma investigação da estrutura essencial da razão universal, pois ao tempo que traz consigo todo o passado cultural jurídico e faz uma prospecção para o futuro, abarca em si um olhar para o presente, buscando de forma contínua a origem da concepção de justiça enquanto fim último do Direito. Em outras palavras, a interpretação jurídica é a busca pela ideia de justiça presente na razão histórica universal.

Por ser uma busca da razão histórica universal, o intérprete em sua atividade deve partir de uma suspensão provisória de todo e qualquer

conhecimento positivo sobre aquilo que conhece ou que se quer conhecer do Direito (*epoché*), para evidenciar as essências do justo enquanto *telos* do jurídico.

Significa que embora a positividade jurídica expressa pela lei, doutrina e pela jurisprudência balize o significado de Direito em sua concreção pela via estatal, o jurista deve, em primeiro lugar, proceder com uma investigação acerca do sentimento do justo presente na idealização histórica da humanidade, visto que o “sentimento” do Direito antecedente a ideia de Direito, apresentando-se como a fonte originária de toda a organização jurídica (GUIMARÃES, 2013, p. 42).

Dessa forma, a decisão judicial evidenciada na atividade judicativa embora opere a partir de fatos e normas, se revela, na verdade, como um ato decisional que se inicia dentro de uma atmosfera axiológica (GUIMARÃES, 2013, p. 227), não estando alheio à historicidade da concepção do justo evidenciada no curso da experiência jurídica, sendo por essa razão que assiste razão Rombach (1977, p. 481) ao afirmar que “[...] a decisão só é possível com uma referência retrospectiva de decisões anteriores”.

Por outro lado, por se revelar como um ato voltado para valores, o decidir e o interpretar se revelam, mormente, como um ato de compreensão (*Verstehen*), pois se todos os valores promanam do espírito humano (REALE, 1992, p. 29), sendo o homem o valor-fonte de todos os valores (REALE, 1992, p. 29), “o fundamento originário da experiência jurídica é o próprio homem como potencialidade infinita de intuição e concreção de valores” (GUIMARÃES, 2013, p. 141).

Assim, a atividade judicativa não tem por objetivo efetuar um ato de explicação, pois não parte de uma apreensão lógica-dedutiva da vida jurídica, mas sim de uma “racionalização compreensiva ou de ordem axiológica” (REALE, 1992, p. 29) da experiência jurídica, pois diferente do que ocorre com as ciências naturais, o objeto de análise da atividade judicativa é um ser ideal, fruto das criações do espírito, sendo, portanto, passível de compreensão (*Verstehen*) e não explicação (*Erklären*) (SCHMIDT, 2014, p. 55).

Por partir de um ato de compreensão, a decisão jurídica pode ser classificada em decisão mais ou menos adequada ao caso, sendo a decisão mais adequada aquela que melhor evidencia os valores discutidos em juízo em todas as suas dimensões com vistas a possibilitar a manutenção da coexistência social.

Por essa razão, não é possível defender categoricamente a existência de uma única decisão judicial correta, pois “[...] nenhuma decisão pode ser absolutamente correta e verdadeira [, tendo em vista que] o Direito está no campo do conflito de interpretações” (GUIMARÃES, 2013, p. 70).

No fim, o que se conclui é que a decisão jurídica não se revela como um ato de vontade ou de escolha (*elección*) do julgador, mas sim como um ato de compreensão dos valores discutidos em juízo, observando toda a evidenciação do sentimento de Direito objetivado no curso da história humana, com vistas a investigar a estrutura essencial da razão universal, para evidenciar as essências do justo enquanto *telos* do jurídico.

4. DIREITO E FUNDAMENTO: LIMITAÇÕES AO ATO DE DECIDIR

Se a realidade jurídica é sempre voltada para valores, e a interpretação jurídica, consubstanciada no ato de decidir, se revela como um ato de compreensão dos valores discutidos em juízo, transpassado pelo olhar histórico-cultural, é possível se falar em valores que se revelam como verdadeiros limites ao ato de decidir?

Tal pergunta nos direciona, invariavelmente, ao debate acerca da existência ou não de verdadeiras invariantes axiológicas, fato que levanta, novamente, a discussão em torno da própria natureza ontológica do valor.

O tema é complexo, de modo que o presente trabalho não tem por pretensão discorrer exaustivamente sobre a questão dos valores, mas tão somente fomentar um debate acerca da influência dos valores sobre a decisão judicial, uma vez que de modo usual se comete o erro de inserir os estudos sobre os valores nos quadros da Metafísica “(pela subordinação do Valor ao Ser)” (REALE, 1991, p. 137), dando azo para concepções discricionárias acerca do valor, afastando um debate devidamente sério e necessário sobre eles no campo jurídico.

A relação entre Direito e valor não é nova dentro do debate jusfilosófico; um olhar rápido sobre o debate travado na tradição jurídica acerca do valor nos revela que os valores quando discutidos juridicamente possuem uma forte ligação com o culturalismo; vide, por exemplo, o culturalismo filosófico e jurídico de Emil Lask que concebe o Direito como um objeto cultural, ou em um melhor dizer como “momento do processo cultural” (LIMA, 2009, p. 49), que apresenta uma trílice configuração:

ora ele se apresenta como complexo cultural preenchido de valores (aspecto valorativo do Direito), ora é conjunto normacional imposto pelo Estado (aspecto positivo-técnico), ou então é encarado como realidade social dinâmica (face sociológica da estrutura jurídica) (LIMA, 2009, p.50)

Seguindo o mesmo caminho, o culturalismo neokantiano radbruchiano compreende o Direito como uma manifestação cultural e como um valor cultural (RADBRUCH, 2010), concebendo “a cultura como o meio concretizante de valores” (LIMA, 2009, p. 61), porém, diferente de Lask, Radbruch adota uma visão relativista acerca dos valores.

No pensamento jusfilosófico brasileiro se destaca a teoria tridimensional do Direito de Reale e seu culturalismo jurídico, a partir do qual conceberá os valores sob o ponto de vista de um historicismo axiológico, identificando o valor como pertencente ao mundo do *dever ser* (*Sollen*) e não como um objeto ideal conforme sustentavam Scheler (2001) e Hartman (REALE, 1991, p. 139) ou Ortega y Gasset (2004). Tal concepção parte de uma retificação da teoria dos objetos de Brentano, passando a considerar, também, o mundo do *dever ser* (*Sollen*) e não apenas o mundo dos objetos que *são* (*Sein*).

Em uma linha similar de pensamento se encontra a jusfenomenologia de Aquiles Guimarães (2013), que ao partir da fenomenologia husserliana e da axiologia scheleriana aborda o valor como uma idealidade transcendental (GUIMARÃES, 2007, p. 46), sendo a sua “existência” “verificada” por meio da intuição emocional da consciência. Aquiles alia em seu pensamento a tradição racionalista de Husserl quando traz em seus escritos a ideia de consciência e de intencionalidade elaboradas pelo pai da fenomenologia, ao tempo que insere a concepção de intuição emocional presente na filosofia de Max Scheler e as contribuições de Nicolai Hartmann.

Para o filósofo mineiro, os valores jurídicos estão referidos concretamente à vivência da justiça ou do justo, sendo o valor uma “possibilidade humana fermentada no campo da imaginação transcendental e não na perspectiva da intencionalidade dirigida à transcendência (a algo “fora do mundo”)” (GUIMARÃES, 2007, p. 46).

Há, ainda, no pensamento filosófico português de António Braz Teixeira (1990, p. 67) a concepção dos valores como algo não entitativo, fora do domínio do ser e da realidade, visto que o valor *vale*, mas não *é*, cabendo ao homem desocultar ou realizar no seu agir o sentido e significado do valor.

Em que pese a rica discussão travada por parte da tradição jurídica acerca dos valores, percebe-se na contemporaneidade um verdadeiro esquecimento ou desprezo em relação a axiologia jurídica, tal fato se dá em razão do espírito do positivismo, do cientificismo e do materialismo do século XIX ainda presente em nosso tempo, os quais apenas admitem aquilo que pode ser medido (GUIMARÃES, 2013), que pode ser quantificado, afastando da investigação jurídica as regiões, os estratos e as zonas da vida que dizem respeito à vivência do espírito, tendo em vista que tais investigações não suprem, tampouco oferecem resultados “práticos” ao mundo tecnicista.

O debate acerca do valor não se trata de uma discussão “unicamente” filosófica, mas se revela como uma questão cara ao Direito, pois diz respeito ao próprio ser jurídico e sua essência, visto que o Direito existe enquanto possibilidade da concretização da justiça, a qual se revela, mormente, como um valor inerente à pessoa humana (GUIMARÃES, 2013, p. 42), como um “insubstancial que de nada depende, mas do qual, no mundo jurídico, tudo depende” (TEIXEIRA, 1990, p. 187), uma vez que ela é o valor que dá sentido axiológico ao Direito, sendo ela a razão de ser e de valer do jurídico (TEIXEIRA, 1990, p. 184).

Conceber a ideia de invariantes axiológicas que se consubstanciam em verdadeiros limites ao ato de decidir significa compreender que o Direito não pode ir de encontro aos seus valores fundantes, i.e., ir de encontro aquilo que o constitui enquanto ser. Tais investigações ultrapassam o campo unicamente factual ou normativo, os quais, como certamente observou Aquiles, se constituem como um “fundamento de segunda ordem” (GUIMARÃES, 2013, p. 56).

Se a justiça se revela como um valor que fundamenta o Direito (TEIXEIRA, 1990), e o homem se constitui como o valor-fonte de todos os valores (REALE, 1992), a decisão jurídica não pode ir de encontro a tais valores, sob pena de não possuir a qualidade de jurídica, pois está em dissonância com a essência do jurídico e, por conseguinte, ausente de juridicidade.

Fundamento diz respeito à essência, “porque esta não se submete às contingências da temporalidade e da historicidade a que ele está sujeito” (GUIMARÃES, 2013, p. 57), perquirir o fundamento do Direito é investigar a vivência da justiça e da (co)existência humana.

Dessa forma, o homem enquanto valor-fonte de todos os valores (REALE, 1992) e a justiça enquanto valor que dá sentido ao jurídico (TEIXEIRA, 1990) se consubstanciam em verdadeiras invariantes axiológicas

que limitam a atividade decisional, devendo o jurista sempre se pautar por ambos os valores, com fim a possibilitar a obrigatoriedade da coexistência humana (GUIMARÃES, 2013).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate acerca da “realidade” axiológica do Direito é por muita das vezes relegado dos estudos acadêmicos, tendo em vista que o reino axiológico diz respeito a vivência do espírito, não sendo passível de mensuração, o que, por sua vez, é visto como um “caminho” perigoso pelos juristas, pois pode dar azo a decisões e interpretações solipsistas e arbitrárias⁷.

Por essa razão, muita das vezes a ideia de valor é “traduzida” no debate jurídico sob o ponto de vista principiológico. A concepção de Reale do homem como valor-fonte pode ser facilmente traduzida no contexto jurídico pela ideia presente no princípio da dignidade humana; o princípio da proteção e da precaução presente no Direito ecológico evidencia o valor ecológico, o qual para Reale (1991, p. 142) se traduz como uma invariante axiológica. Contudo, encarar a realidade axiológica sob o ponto de vista principiológico traz alguns problemas para o pensamento jusfilosófico, o mais crucial deles é que os autores não trazem em seus estudos a influência da tradição axiológica filosófica e jurídica em suas investigações, o que aponta para uma visão deficitária ou solipsista dos valores (encarados como princípios).

Não há como se negar a realidade axiológica do Direito, embora possa se controverter a sua mensuração; o desprezo para com a ordem axiológica apenas afasta do debate um importante conteúdo ao ser do jurídico.

O presente trabalho teve como objetivo investigar, ainda que de forma introdutória e sob um ponto de vista provocativo, a existência de valores que se consubstanciam em verdadeiras invariantes axiológicas, revelando-se como limites para a atividade decisional.

7 A título exemplificativo v. TOVAR, Leonardo Zehuri. *Teoria do Direito e decisão judicial*: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. 2. ed. Salvador: JusPodvim, 2020, na qual o autor adota uma visão relativista sobre os valores, abordando a ideia de valor como algo passível de criação e modificação por cada pessoa. O autor traz uma visão subjetivista (a palavra é aqui empregada no mesmo contexto da filosofia empírica combatida pela fenomenologia husserliana) dos valores, bem como não há uma concepção devidamente delimitada acerca da natureza do valor; se ele seria um objeto, um ser, um algo não entitativo, uma qualidade presente nos objetos (Ortega y Gasset); se habitaria o campo do ser (*Sein*), o campo do dever-ser (*Sollen*) etc.

O objetivo central foi fomentar um debate acerca da realidade axiológica jurídica, bem como se perquirir a existência de verdadeiras invariantes axiológicas dentro do campo jurídico. O tema é complexo e vasto, não sendo possível neste trabalho oferecermos um estudo detalhado sobre a questão, tampouco formular alguma pretensão em se oferecer conclusões categóricas acerca do tema. Trata-se, na verdade, de um convite à reflexão axiológica jurídica.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BICUDO, Maria Aparecida Viggiani. Sobre história e historicidade em Edmund Husserl. *Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região: fenomenologia e direito*, Rio de Janeiro, v.9, n.1, p.1-174 abr./set.2016.

GASSET, José Ortega y. *Introducción a una estimative ¿qué son los valores?* Madrid: Ediciones Encuentro, 2004.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Cinco lições de filosofia do Direto*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Lições de fenomenologia jurídica*. Rio de Janeiro: GEN/Forense Universitária, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

HUSSERL, Edmund. *A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental*. Tradução de Diogo Falcão Ferrer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. HUSSERL, Edmund. *Europa: crise e renovação*. Tradução de Pedro M. S. Alves e Carlos Aurélio Morujão. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

HUSSERL, Edmund. *A ideia da fenomenologia: cinco lições*. Tradução de Marloren Lopes Miranda. Petrópolis/RJ: Vozes, 2020.

LIMA, Newton de Oliveira. *Teoria dos valores jurídicos: o neokantismo e pensamento de Gustav Radbruch*. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches, 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

REALE, Miguel. Invariantes axiológicas. *Estudos Avançados*, [S. l.], v. 5, n. 13, p. 131- 144, 1991. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8625>. Acesso em: 3 jul. 2021.

REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

ROMBACH, Heinrich. Decisión. In: KRINGS, Hermann; BAUMGARTNER, Hans Michael; WILD, Christoph (Orgs.). *Conceptos Fundamentales de Filosofía*. Barcelona: Editorial Herder, 1977, v. I., p. 476-490.

SALDANHA, Nelson. *Pela preservação do humano: antropologia filosófica e teoria política*. 2. ed. São Paulo: A Girafa, 2010.

SCHELER, Max. *Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*. Tradução de Hilario Rodríguez Sanz. 3. ed. Madrid: Caparrós Editores, 2001.

SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Tradução de Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SILVA, Gabriel Pereira da. *Direito, cultura e justiça: apontamentos jusfenomenológicos sobre os precedentes judiciais*. 2020. 35 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2020.

TEIXEIRA, António Braz. *Sentido e valor do Direito: introdução à filosofia jurídica*, Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1990.

VOLKMER, Sérgio Augusto Jardim. *O perceber do valor na ética material de Max Scheler*. 2006. 118 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande Do Sul, 2006.

OS PRECEDENTES COMO FONTE DO DIREITO E A VINCULAÇÃO DO ÁRBITRO

SILVA, Heres¹

- 1 Mestrando em Direito na Linha de Pesquisa Acesso à Justiça e Efetividade do Processo da Área de Concentração Direito Público e Evolução Social no Programa de Pós-graduação *Strictu Sensu* da Universidade Estácio de Sá - PPGD-UNESA, Pós-graduado em Direito Constitucional (UNESA), e-mail heres.hps@gmail.com, vinculado ao Grupo de Pesquisa: Observatório de Mediação e Arbitragem (PPGD/UNESA).

RESUMO

O presente trabalho visa investigar o problema da vinculação do árbitro aos precedentes vinculantes. Para tanto foi realizada uma pesquisa bibliográfica que precisou primeiramente investigar se o precedente poderia ser considerado como fonte do direito. Afirmativa essa questão, passou-se a investigar a eficácia vinculante dos precedentes e o que, no precedente, vincularia a atuação de juízes e árbitros. Seguindo nessa ordem de ideias, exploramos a natureza jurídica da arbitragem e a sua jurisdicionalidade no Estado Constitucional de Direito, após, com essa investigação realizada e concluindo pela vinculação do árbitro ao precedente vinculante, o trabalho avança para o ponto fulcral, isto é, proceder à investigação dos mecanismos de controle da sentença arbitral que não observa o precedente.

Palavras-chave: precedente; precedentes vinculantes; arbitragem; fontes do direito.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a possibilidade de que o árbitro esteja vinculado aos precedentes judiciais no momento de proferir a sua sentença.

Para tanto iniciamos abordando uma questão interessante para o direito: se os precedentes judiciais constituem fonte do direito, uma vez que sendo afirmativa a questão colocada, fica muito mais próxima a compreensão da vinculação do árbitro aos precedentes judiciais.

Assim, buscamos analisar as fontes do direito no sistema positivista para, após, superado o primado da lei, verificar a posição dos precedentes enquanto fonte primária do direito contemporâneo.

Porém não basta saber se o precedente é ou não fonte do direito, mas identificar o que temos como precedente, qual a sua diferença para a jurisprudência e súmulas, bem assim como sobre o valor vinculante dos padrões decisórios.

Após este primeiro momento passamos a abordar o tema central da nossa pesquisa: a arbitragem e os precedentes. Aqui nos pareceu interessante tecer rápidos comentários sobre este método alternativo de solução de conflitos.

Verificamos ainda que a arbitragem pode ser de direito ou de equidade e analisamos a possibilidade ou não de falar em vínculo aos precedentes tanto em uma quanto em outra modalidade de arbitragem.

Estabelecemos, ainda, um paralelo quanto a possibilidade de aplicação do dever de fundamentação das decisões judiciais previsto no art. 489, CPC/2015 e art. 93, IX, CR/88 com a atuação do árbitro.

Entramos no tema sobre ser a arbitragem jurisdição ou mero equivalente jurisdicional, levando em conta a importância prática do tema, posto que reconhecido como mero equivalente jurisdicional não seria possível afirmar com propriedade ser o árbitro vinculado aos precedentes judiciais.

Por fim, encaramos a árdua missão de listar os instrumentos possíveis de controle da sentença do árbitro que não observar a vinculação ao precedente. Assim é que falamos sobre a (im) possibilidade de uso da ação anulatória, da reclamação constitucional e da impugnação ao cumprimento de sentença.

2. O PRECEDENTE COMO FONTE DO DIREITO

As fontes do direito podem ser definidas como o lugar de onde emanam normas jurídicas aptas a regular uma determinada relação entre pessoas. A definição dada por Bobbio (1995, p. 161) é a de que “*são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas*”.

O autor fala de fontes do direito dentro de um contexto positivista em que, como o próprio Bobbio (1995, p. 162) afirma, a lei possui primazia em relação às outras fontes do direito, já que “*a doutrina juspositivista das fontes é baseada no princípio da prevalência de uma determinada fonte (a lei) sobre todas as outras*”.

Nessa mesma linha ensina Hespanha (1998 apud TUCCI, 2004, p. 197) que “*no plano das fontes do direito, esse paradigma elevava a lei parlamentar — expressão máxima da ‘vontade geral’ — à dignidade de fonte primeira, se não única, de direito*”.

Ao abordar algumas das fontes do direito, Bobbio não faz referência ao precedente judicial, mas fala sobre a decisão do juiz como fonte de direito e assegura “*o poder judiciário, portanto, não é uma fonte principal (ou fonte de qualificação) do direito*” e isso porque

No processo de formação do Estado moderno, o juiz perde a posição que anteriormente detinha de fonte principal de produção do direito, para se transformar num órgão estatal, subordinado ao poder legislativo e encarregado de aplicar fielmente (podemos dizer, mecanicamente) as normas estabelecidas por este último. (BOBBIO, 1995, p. 170).

Assim é que num ambiente positivista compreender os precedentes como fonte do direito só se legitima se se entender a decisão judicial como fonte secundária do direito e isso por que o juiz não produzia o direito, mas apenas declarava a letra da lei.

Reale (1976, p. 141), por sua vez, explica que “*não há razões de ordem lógica para se proclamar o primado desta ou daquela forma de produção de normas ou modelos jurídicos*”. O autor situa as fontes do direito a partir de circunstâncias sociais e históricas, que vão permitir dizer qual fonte do direito deve prevalecer naquele ordenamento.

É nesse ponto que o autor faz a distinção das fontes do direito nos ordenamentos de tradição romanística e o da tradição anglo-americana. Aqui o autor, até mesmo pela época em que seu texto foi escrito, menciona que o primeiro é regido pelo primado da lei como fonte do direito; o segundo tem nos usos e costumes a revelação (ou produção) do Direito.

Ainda fortes na lição de Reale (1976), podemos compreender que no nosso contexto histórico e nas circunstâncias sociais em que nos encontramos, podemos “atualizar” as nossas fontes do direito.

No entanto, o eminente jurista já percebia isso na sua época.

Para Reale (1976, p. 169), então, “*se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à jurisprudência a categoria de fonte do direito*” — e completa dizendo que — “*não tem sentido continuar a apresentar a Jurisprudência ou o costume como fontes acessórias ou secundárias*”.

Tucci (2004, p. 202) afirma que essa superação do monopólio da lei como fonte do direito ruiu, pois

Como a experiência mostrava que o ordenamento jurídico possuía lacunas e, com alguma frequência era insuficiente para solucionar litígios não contemplados pelo legislador a atuação do intérprete passava necessariamente a desempenhar função integrativa.

Desta feita, os juízes lançam mão de interpretar o texto, que irá revelar a norma jurídica para o caso concreto. Essa atividade exercida pela jurisdição é, na realidade, desempenhada dentro de uma estrutura de poder. E aqui vale muito a preleção de Reale (1976) para quem os processos de produção da norma jurídica pressupõem uma estrutura de poder.

Sendo assim, compete afirmar que as fontes do direito produzem normas jurídicas e, se os precedentes são as normas (produtos da interpretação do texto) realizadas pelo judiciário dentro de uma estrutura de poder e visam aplicação em outros casos, os precedentes são fontes do direito.

Ora, mas porque falar em fontes do direito quando se quer demonstrar (ou confirmar uma hipótese de) que o árbitro deve aplicar os precedentes judiciais? A resposta a esta pergunta passa pelo conceito de jurisdição no Estado Constitucional de Direito.

A jurisdição vista e tida como monopólio estatal tinha (ou tem) uma característica bastante proeminente, que era (ou é) a substitutividade, isto é, o juiz ao solucionar os conflitos atua em substituição à vontade das partes.

Na construção clássica, portanto, o juiz, investido que é de jurisdição e, somente ele, pode atuar substituindo a vontade das partes, exercício esse que faz dentro dos limites da lei (ou melhor seria dizer, da constituição).

No atual quadro legislativo, porém, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) adota postura diferente, fala em vedação de afastamento do poder jurisdicional e não mais do Poder Judiciário como diz o texto constitucional.

Essa sutil diferença entre o texto constitucional e a lei é percebida e tratada pela agudeza de espírito de Pinho (2019, p. 798-9) para quem

Embora haja similitude entre as duas redações, uma leitura mais atenta revela que o comando infraconstitucional busca oferecer uma garantia mais ampla, extrapolando os limites do Poder Judiciário, a quem incumbe prestar a jurisdição, mas não como um monopólio. (...)

Por isso, o art. 3º do NCPC, ao se referir a apreciação jurisdicional, vai além do Poder Judiciário e da resolução de controvérsias pela substitutividade. O dispositivo passa a permitir outras formas positivas de composição, pautadas no dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores.

No mesmo sentido é o dizer de Greco (2015, p. 70)

A composição de litígios e a tutela de interesses particulares podem ser exercidas por outros meios, por outros órgãos, como os órgãos internos de solução de conflitos, estruturados dentro da própria Administração Pública, compostos de agentes dotados de efetiva independência, e até por sujeitos privados, seja por meio de arbitragem, seja pela justiça interna das associações.

Ainda sobre o tema, nas colocações de Mancuso (2020, p. 178-9):

A própria palavra *Jurisdição*, que dentre nós aparece tradicionalmente atrelado ao Estado, hoje comporta outra acepção, distanciando-se do sentido monopolístico *oficial* e abrindo-se para outras instâncias: *dir-se-ia*, outras *estradas vicinais*, adrede pavimentadas para ofertar justiça *por outros meios e perante outros atores da cena judiciária*, sempre ao pressuposto de que o conflito de interesses, prenunciado ou consumado, venha prevenido, ou, então, composto de modo justo, sob uma boa equação de custo-benefício. (Grifos originais).

Pois bem, neste sentido é que se passa a admitir que a arbitragem é jurisdição, uma vez que resolve os conflitos que lhe são submetidos, seja pela substituição da vontade das partes, seja pela conciliação alcançada antes da sentença.

Assim considerado — o árbitro exercendo atividade jurisdicional, isto é, tendo o poder de dizer o direito² —, deve dizê-lo na mesma medida que os juízes o dizem, isto é, vinculando-se ao ordenamento jurídico, portanto, às fontes do direito.

Para além da afirmação feita acima é importante ter em mente que se se considerar o precedente como fonte do direito, temos que o precedente compõe o ordenamento jurídico e, portanto, deve ser aplicado pelos árbitros.

A esse “deve” é que precisamos tecer detalhes. Quais padrões decisórios podem ser considerados precedentes? Dentre eles, quais detêm eficácia vinculante? É o que veremos a seguir.

3. A EFICÁCIA VINCULANTE DO PRECEDENTE

Não são todos os padrões decisórios que têm o atributo da vinculação. Salomão e Fux (2000, p. 16) asseveram que “*em linhas substanciais, o novo Código de Processo Civil basicamente subdividiu os precedentes em dois tipos: os persuasivos e os vinculantes*”.

Entendendo a palavra precedente no sentido amplo temos que a sua definição “*é uma decisão judicial pretérita que acaba por ter relevância em casos subsequentes, servindo de referência na decisão desses casos*”. (STRECK, 2020, p. 349).

Assim é que uma decisão judicial como, por exemplo, o julgamento de um recurso especial ou extraordinário (que não estejam submetidos a sistemática de julgamentos repetitivos) serão precedentes, mas não terão eficácia vinculante, mas tão somente persuasiva ou argumentativa.

Já o art. 927 encerra um rol vinculativo de precedentes e, neste sentido, Mendes (2017, p. 97) leciona que:

2 Aqui temos que diferenciar a arbitragem de direito e a arbitragem por equidade. Sendo a arbitragem por equidade, deve o árbitro respeitar a convenção arbitral e julgar nos limites propostos, porém, sendo arbitragem de direito, o árbitro deve aplicar o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, os precedentes vinculantes.

Com a edição do novo Código de Processo Civil, pode-se dizer que há um sistema de pronunciamento qualificados, ou de jurisprudência e de precedentes definido legalmente e que nestes termos, não pode ser considerado como um regime típico de *stare decisis*, ou seja, que os precedentes em geral passam a ter um caráter vinculativo no sentido vertical e horizontal. Mas, por outro lado, não existe um mero efeito persuasivo nas hipóteses indicadas nos cinco incisos do art. 927.

Todavia o entendimento não é pacífico, posto que como já alertou Bueno (2018, p. 703) “*haverá espaço para questionar se esse efeito vinculante é, ou não, harmônico ao ‘modelo constitucional do direito processual civil’, fora das hipóteses em que a própria CF o admite*”.

Câmara (2016, p. 436) é ainda mais incisivo ao afirmar que “*é preciso, desde logo, afastar-se a ideia — que poderia resultar de uma leitura isolada do art. 927 — de que todos os pronunciamentos ali indicados seriam precedentes vinculantes*”. Para este autor seriam vinculantes as decisões dos incisos I a III e meramente argumentativas as decisões dispostas nos incisos IV e V do art. 927, CPC/15.

No entanto, a doutrina que começa a se formar majoritariamente³ é no sentido de que o rol do art. 927, CPC é de fato veiculador de precedentes vinculantes. Neste sentido é o escólio de Neves (2016, p. 1.397):

Conforme entende a doutrina amplamente majoritária o art. 927 do Novo CPC é suficiente para consagrar a eficácia vinculante aos precedentes e enunciados sumulares previstos em seus incisos. Ou seja, “observarão” significa aplicação de forma obrigatória.

Merece destaque, ainda, a citação do enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que tem a seguinte redação: “*as decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos*”.

Outro ponto que faz *jus* a tratamento neste espaço é o quê que vincula no precedente vinculante, ou seja, ao que o árbitro estaria vinculado.

De início convém alertar que não é a parte dispositiva que vai vincular o árbitro. Este elemento da sentença (em sentido amplo) cuida

3 DONIZETE, Elpidio. **Curso Didático de direito processual civil**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1249.

de resolver o caso concreto, criando a norma jurídica para reger aquela hipótese específica.

Assim é que para Câmara (2018, p. 269):

Não deve, pois, haver dúvida de que a eficácia vinculante dos padrões decisórios que formalmente são dela dotados reside em seus fundamentos determinantes (ou, caso se prefira empregar expressões que não estão em língua portuguesa, *ratio decidendi*, como dizem os britânicos, ou *holding*, como preferem os norte-americanos).

Aqui não é o lugar, devido aos limites deste trabalho para tratar de como se vai determinar a extração da *ratio decidendi* de uma decisão. Questão essa bastante tormentosa tanto em doutrina nacional, quanto estrangeira. Fica aqui apenas a informação de que os juízes (e também os árbitros) estão vinculados aos fundamentos determinantes da decisão. Dessarte, o árbitro deverá em sua sentença, quando diante de uma arbitragem de direito, se ater aos limites da *ratio decidendi* daquele precedente aplicável à hipótese em julgamento.

No tópico seguinte cuidaremos de analisar os tipos de arbitragem — e arbitragem propriamente dita —, bem como a colocação dos precedentes neste cenário de resolução de conflitos fora do Poder Judiciário.

4. ARBITRAGEM E PRECEDENTES

A arbitragem é antiga no Brasil em relação aos demais métodos alternativos de solução de conflitos. A lei 9.307/96 instituiu a arbitragem, que inclusive, chegou com uma certa desconfiança de certo setor da doutrina.

Questionada no Supremo⁴, por maioria, entendeu-se pela sua constitucionalidade.

O Código de Processo Civil, para colocar uma pá de cal, espancando quaisquer dúvidas remanescentes, previu no §1º do seu art. 3º que “*é permitida a arbitragem, na forma da lei*”.

Assim é que a arbitragem compõe mais uma alternativa dentro do sistema multiportas de solução de conflitos. Deste modo, o jurisdicionado

4 A lei de arbitragem sobre incidente de inconstitucionalidade nos autos da SE 5.206-Espanha (AgRg) de Relatoria do Min. Sepúlveda Pertence. Neste julgamento ficaram vencidos os ministros Sepúlveda Pertence, relator, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.

tem à sua disposição não apenas o Poder Judiciário, mas também outras formas de resolução de conflitos que podem se adequar melhor ao seu caso. A arbitragem é, pois, um meio heterocompositivo de solução de conflito e está à disposição das partes.

Questão doutrinária interessante é o entendimento sobre a arbitragem ser um equivalente jurisdicional ou jurisdição propriamente.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016) negam o caráter jurisdicional da arbitragem e, após traçarem diversas características da jurisdição como a indelegabilidade, unidade e exercício por um juiz que seja investido no cargo de acordo com a lei (concurso público) para ser o juiz natural daquele caso levado ao Poder Judiciário, chegam a conclusão de que:

A mistura da atividade do árbitro com a atividade da jurisdição, ou o superdimensionamento do conceito de jurisdição, além de desqualificar a essência da jurisdição no quadro do Estado Constitucional, coloca no mesmo patamar objetivos que nada têm em comum (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2016, p. 182-3).

Assim, para os autores haveria, no máximo, uma jurisdição estatal e uma outra, a jurisdição arbitral. Todavia, conforme visto na sessão anterior, o entendimento majoritário é que a arbitragem tem caráter de jurisdição.

Precisamos voltar no assunto para entender a relação entre arbitragem e precedente. É que para afirmar pela vinculação do árbitro ao precedente (como fonte do direito) é preciso dizer, antes, que a arbitragem exerce jurisdição, uma vez que jurisdição é o poder pelo qual se diz o direito no caso concreto.

A lei de arbitragem, contudo, indica que a arbitragem pode ser de direito ou de equidade. Neste sentido, veja-se que é possível que o juiz julgue por equidade, mas tão somente nos casos previstos em lei (CPC/15, parágrafo único, art. 140), já a arbitragem pode ser realizada por equidade, caso as partes assim desejem e prevejam na convenção.

O julgamento pela equidade se legitima perante o árbitro, uma vez que ele é pessoa de confiança das partes, bem como a arbitragem, ainda que se reconheça o caráter jurisdicional, é uma opção das próprias partes em relação a direito que é disponível. Assim se o jurisdicionado pode até mesmo abrir mão de seu direito, porque não se valer da arbitragem prescindindo das normas legais?

Ademais, como assevera Mancuso (2020, p. 337) trata-se de “*regra de julgamento que alarga o âmbito da cognição do árbitro e cria um ambiente mais propício à justa composição*”.

Sendo, portanto, a arbitragem por equidade, o árbitro que não está vinculado sequer à lei, também não estaria vinculado aos precedentes. É esse também o entendimento de Tucci (2016) para quem:

Se o tribunal arbitral tivesse sido constituído para julgar por equidade (e não com base no Direito), poder-se-ia admitir, com efeito, toda liberdade daquele para recusar a incidência da norma ou de determinada orientação jurisprudencial por reputá-la, por exemplo, injusta na situação concreta.

Por outro lado, sendo a arbitragem de direito, parece claro, pela exposição até aqui realizada, que há uma vinculação aos precedentes (como fontes do direito que são).

Conclusão idêntica é a de Temer (2018, p. 524), que observa que “*nesse contexto, adotada a concepção de que os precedentes brasileiros também são fonte de direito, inexorável a conclusão pelo dever dos árbitros de ponderá-los e aplicá-los quando do exercício de sua função jurisdicional*”.

Por fim, cabe mais uma advertência. É que o §1º do art. 2º da Lei de Arbitragem prevê que “*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*”.

Dessa maneira, mesmo sendo a arbitragem de direito, é possível que o árbitro não aplique o precedente, se as partes assim desejarem. O que queremos dizer é que as partes podem afastar o precedente, desde que de comum acordo e previsto na convenção de arbitragem. Fora disso, o árbitro deve observar os precedentes vinculantes.

No dizer de Nunes, Bahia e Pedron (2021, p. 261) “*mesmo sendo de direito elas podem escolher quais regras serão aplicadas (desde que não haja violação aos costumes e à ordem pública)*”. (Grifamos).

No próximo capítulo vamos abordar as consequências jurídicas da não observância dos precedentes quando fosse o caso de vinculação. Dito de outro modo, quais os instrumentos ou mecanismos à disposição no ordenamento para exercício do controle sobre a aplicação dos precedentes vinculantes pelo árbitro em sua sentença.

5. INSTRUMENTOS PARA FAZER VALER O PRECEDENTE

O ordenamento jurídico prevê instrumentos de controle para as decisões judiciais. No clássico Teoria Geral do Processo, Grinover, Araújo e Cintra (2009, p. 81) sinalizam como principal fundamento do princípio do duplo grau de jurisdição, que é de natureza política, o fato de que:

Nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciárias.

Os árbitros não poderiam ficar sem tal controle, contudo, deve-se reconhecer que o controle à atividade do árbitro deve ser menor. A uma, pois o árbitro é escolhido pelas partes, assim, de um modo ou outro, o árbitro tem na aceitação da sentença arbitral, uma manifestação de vontade, quase que sua própria. A duas, pois aqui não há função estatal, de modo que o controle sobre os atos estatais, que se legitima pela necessária observância da lei, não faz tanto sentido na arbitragem.

Todavia, algum controle deve haver, evitando assim arbitrariedades privadas, porém, o controle da sentença arbitral se dá de modo meramente formal.

É que a sentença arbitral somente poderá ser revista pelo Judiciário na medida em que incidir sobre algum dos casos previstos no art. 32 da Lei de Arbitragem. E é sobre este controle que vamos nos debruçar, separando, basicamente, três modos de controle das decisões para investigar se em algumas delas é possível controlar a aplicação dos precedentes pelo árbitro.

Antes de avançar para os mecanismos de controle é importante citar o posicionamento doutrinário em sentido contrário ao texto, vale dizer, a posição que não admite qualquer controle da sentença. Nesse caminho trilha Talamini (2018), que após admitir que o árbitro está vinculado aos precedentes, posto que fontes do direito, assevera que:

Não cabe usar contra as decisões arbitrais nenhum mecanismo processual judiciário de observância de força vinculante de precedentes. São inaplicáveis à arbitragem, entre outros: a reclamação por inobservância do precedente; a suspensão do processo na pendência de julgamento de caso repetitivo; a imposição de nulidade por inobservância do precedente em casos alheios ao distinguishing e ao overruling; a impugnação ao cumprimento de título judicial desconforme a decisão vinculante do STF etc.

E arremata dizendo que não se trata de deficiência do sistema arbitral, ao contrário, possui até mesmo vantagens, como, *v. g.*, “*a de permitir ao árbitro ignorar decisões-quadro que não refletem a verdadeira expressão do ordenamento*” (TALAMINI, 2018).

Discordamos da posição aventada acima e, ao longo do texto, as razões serão demonstradas.

5.1. Ação anulatória

O art. 32 da Lei de Arbitragem prevê as causas em que a sentença arbitral será nula. São elas: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Note-se que não há no dispositivo legal um inciso que mencione que o Poder Judiciário poderá controlar a decisão em caso de não observância do precedente.

Mas aqui cabe um ponto de atenção: vimos alhures que a arbitragem pode ser de equidade, ocasião em que as partes devem ter requerido expressamente. Neste sentido, estando diante de uma arbitragem de direito, caso o árbitro não aplique algum dos precedentes ou o próprio direito positivo, estará proferindo sentença fora dos limites da convenção de arbitragem ao julgar pelo *jus* e não pela *lex*⁵, violando assim o inciso IV

5 É bem-humorada a colocação de Eros Roberto Grau sobre Lex e Jus, *in verbis*: “fazer e aplicar leis e fazer justiça não se confundem. O direito [*Lex*] é um instrumento de harmonização/dominação social e a Justiça [*Jus*] realmente não existe aqui. Só

do art. 32 e, portanto, poderá sofrer controle do Judiciário que irá cassar a decisão e determinar que o árbitro profira outra em seu lugar (§2º do art. 33 da Lei 9.307/96).

Em sentido contrário, porém, Talamini (2018) afirma que:

O argumento de que a violação ao precedente violaria a convenção arbitral que previu arbitragem de direito (e não por equidade) “prova demais”; conduziria à conclusão de que toda sentença arbitral incorreta quanto à solução de mérito seria controlável e anulável pelo Judiciário. E não é assim. Nem mesmo o manifesto erro na solução dada ao mérito da causa é impugnável judicialmente. Os limites de controle judicial da arbitragem são dados pelo art. 32 da lei de Arbitragem, em rol exaustivo.

Porém, não se trata de dizer que toda sentença incorreta seria considerada como proferida fora dos limites da convenção de arbitragem e isso porque a sentença que não observa precedente não necessariamente é incorreta, mas sim omissa.

A interpretação do árbitro sobre determinado precedente levantado na sentença, por exemplo, não pode ser objeto de anulatória, pois ele aplicou o precedente. Se foi equivocadamente ou não, ficará no plano da argumentação — que não é objeto de cognição judicial. Por outro lado, se ele sequer aplica e também não cumpre com o seu ônus argumentativo de afastar ou distinguir o precedente do caso, aí sim se pode falar em sentença proferida fora dos limites da convenção de arbitragem.

Não sendo o caso de arbitragem por equidade, mas sim de direito, caso o árbitro não observe a legislação de direito positivo, não caberá controle da atividade arbitral e o mesmo se aplicará no caso de o árbitro não observar os precedentes, isto é, não caberá controle da sentença arbitral.

Temer (2018, p. 525) ainda identifica outras hipóteses para possibilitar o controle judicial pela via da ação anulatória. A primeira seria a violação de precedente que versa sobre garantias processuais.

A despeito da arbitragem estar à livre disposição das partes, não se trata de terreno abandonado, devendo, pois, estar ocupado de garantias mínimas e constitucionalmente previstas. Esse é o teor da própria lei de arbitragem, que no §2º do seu art. 21, dispõe que “*serão, sempre, respeitados*

existe no Paraíso!”. (Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios, 10ª ed. 2021).

no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

Já o art. 32 dispõe que caberia ação anulatória daquela sentença arbitral que viola os citados princípios. Assim, Temer (2018) identifica uma vinculação indireta do árbitro ao precedente. Vejamos passagem interessante do seu texto:

Afinal, caso a parte submeta determinada decisão arbitral ao controle judicial sob a alegação, por exemplo, de que houve violação ao contraditório pela vedação de oportunidade de manifestação após a produção de determinada prova, e existir precedente judicial sobre o ponto, o juiz estatal deverá aplicar tal precedente ao julgar a anulatória. **Por isso, o precedente vincularia indiretamente a arbitragem.** (TEMER, 2018, p. 525) (grifamos).

Outra hipótese aventada por Temer (2018) é aquela que vê na falta de ponderação do precedente vinculante um vício de fundamentação, que acarretaria a anulabilidade da sentença arbitral com base no inciso III do art. 32.

Neste ponto é feito um esforço argumentativo para admitir a aplicação do art. 489⁶, CPC ao procedimento arbitral. Isso por que o citado dispositivo determina que o juiz incidiria em vício de fundamentação quando *“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 (art. 489, VI, CPC)”*.

6 O art. 489, para a autora não teria caráter inovativo, mas tão somente seria um reflexo do dever de motivação das decisões, prevista no art. 93, IX da CR/88. Concordamos com a aplicação do dever de fundamentar, mas sob outros argumentos. É que o dever de motivação do art. 93, IX da CR/88 está previsto para as decisões judiciais e está inserido no capítulo atinente ao Poder Judiciário e sua estrutura, sendo certo que a arbitragem não está inserida nesta estrutura. Já o art. 489 também não se aplicaria às decisões do árbitro, uma vez que se direciona ao juiz da causa, também inserido no contexto do Poder Judiciário. Entendemos que não há necessidade de buscar em outros diplomas a resposta para a possibilidade de controle judicial da decisão que não observa o precedente, pois o art. 26, II, menciona que é na fundamentação que o árbitro deverá analisar *“as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade”*; assim, caso o árbitro se omita em apreciar alguma questão de fato ou direito trazida pelas partes, poderão elas perseguir a anulação no âmbito do Poder Judiciário com a autorização legal do art. 26, II c/c art. 32, III, Lei 9.307/96.

Fazendo coro com a citada autora, citamos novamente Tucci (2016) que ensina que:

A regra do artigo 489, parágrafo 1º, inciso VI, do Código de Processo Civil, a qual, à evidência, também se aplica à arbitragem, é vocacionada à proteção da confiança, quando impede que o juiz (ou árbitro), ao proferir a sentença, despreze súmula ou precedente, colacionado como reforço argumentativo por uma das partes, não tomando o cuidado de explicar que o julgado paradigma não se aplica ao caso concreto, ou mesmo, que já se encontra superado pela obsolescência. (TUCCI, 2016).

Ainda vale a citação de Macêdo (2020), que vai no mesmo sentido:

O art. 489, § 1º, VI, dispõe: não se considera fundamentada a decisão que 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 (MACÊDO, 2020, p. 384).

Argumenta, a já citada autora, que também o árbitro deve fundamentar a sua sentença, uma vez que previsto expressamente a fundamentação como requisito essencial da sentença arbitral e inquina de vício aquela que não possua tais requisitos (TEMER, 2018). Por isso, ao não ponderar sobre um precedente indicado por uma das partes em sua sentença, haveria vício de fundamentação autorizador da anulação da sentença arbitral — também indiretamente.

Um último ponto a se tratar é saber se a sentença somente seria passível de anulação por defeito de fundamentação se o árbitro deixasse de seguir precedente invocado pela parte ou se a ausência de menção do precedente pela parte e não observância pelo árbitro também inquiriria de vício a sentença.

Temer (2018) e Tucci (2016) chamam a atenção para o brocardo *iura novit cúria* (ou *arbiter*). Nas palavras dos autores:

E tal entendimento poderia ser aplicado inclusive quanto aos precedentes que não tenham sido expressamente invocados pelas partes, mas que, por comporem o direito eleito, devem ser de conhecimento dos árbitros, por força do *iura novit arbiter*. Segundo

tal perspectiva, a não aplicação do direito eleito – que compreende precedentes sobre mérito – caracterizaria desrespeito à convenção de arbitragem, vício passível de controle judicial pela via da anulação, nos termos do art. 32, IV, da Lei 9.307/96. (TEMER, 2018, p. 528). Entendo que, por força do importante aforismo, *iura novit curia*, mesmo que a tese jurisprudencial, embora relevante, não seja invocada pela parte interessada, a sentença encontra-se eivada de nulidade, se o árbitro desprezará-la de forma injustificada. (TUCCI, 2016).

São essas, pois, as possibilidades de enquadrar a ação anulatória por desrespeito aos precedentes na arbitragem. Mas não é só a ação anulatória, a Reclamação também é lembrada pela doutrina. Vejamo-la, então, na sequência.

5.2. Reclamação

A reclamação tem previsão constitucional no art. 102, I, I para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do STF; no art. 103-A, §3º para anular ato administrativo ou cassar a decisão judicial reclamada, determinando que outra seja proferida com (contrariar) ou sem (aplicar indevidamente) a aplicação da súmula vinculante, conforme o caso e; no art. 105, I, f para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do STJ.

O Código de Processo Civil, no art. 988 também trata do instituto da reclamação e prevê a sua utilização para garantir a competência e a autoridade das decisões do tribunal, além da súmula vinculante e decisões em controle concentrado perante o STF e garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Considerando a taxatividade do art. 988 do CPC, a doutrina entende que não cabe reclamação contra decisão que deixe de aplicar o precedente.

Contudo, queremos nos deter à súmula vinculante, nesse primeiro momento. Esse padrão decisório é vinculante não apenas por disposição do art. 927, mas principalmente por disposição constitucional. Acerca dele, a própria Constituição previu o instituto da reclamação, quando não fosse observado pela administração pública ou por decisão judicial.

Aqui, ainda que não se fale em decisão arbitral, é conveniente a possibilidade de uso quando se tratar de arbitragem de direito. Note-se

que a súmula vincula não apenas os órgãos do Poder Judiciário, mas também toda a administração pública que, evidentemente, não compõe a estrutura judicial.

Por este motivo não concordamos com a colocação de Macêdo (2020), para quem:

Apenas é possível ajuizar reclamação contra decisão de órgão inferior que descumpriu a decisão de órgão superior, o que evidencia uma relação de hierarquia. Estando a arbitragem fora da organização judiciária, inexistente hierarquia entre tribunal arbitral e tribunal judicial. (MACÊDO, 2020, p. 387).

Neste sentido, no tocante aos precedentes vinculantes citados no art. 927 e que tenham correspondência com o art. 988 autorizariam o uso da reclamação em caso de inobservância pelo árbitro.

Assim, não apenas no que toca às súmulas vinculantes. Onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito (coerência na argumentação), de modo que, se se entender que cabe reclamação para contestar a sentença do árbitro que não observa a súmula vinculante, deveria ser aplicada a mesma ideia para defender que cabe reclamação para contestar a sentença arbitral que não observa outros padrões decisórios que estão no rol (taxativo) do art. 988, CPC.

Pois então, caberia reclamação para a inobservância de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade (além da impugnação ao cumprimento de sentença, como se verá adiante) e acórdão em julgamento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Incidente de Assunção de Competência.

5.3. Impugnação ao cumprimento de sentença

É possível, por fim, que o litigante requeira a decretação de nulidade da sentença arbitral na impugnação ao cumprimento de sentença (Lei de Arbitragem, art. 33, 3º).

De fato, a sentença arbitral constitui título executivo judicial, na forma do que dispõe o art. 515, VII, CPC, emprestando a ela a mesma força de uma sentença proferida em processo judicial.

Com isso, é possível que se aleguem todas as matérias defensivas previstas no §1º do art. 525, CPC. Dentre as hipóteses, apenas uma chama a

atenção para o tema aqui tratado: a alegação de inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação.

O §12 do mesmo art. 525 aduz que:

Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, **em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. (grifamos)**

Note que o dispositivo legal define como inexigível o título — para nós, sentença arbitral — quando contrário à decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade que, por sua vez, vem a ser um dos precedentes vinculantes listados no art. 927, CPC.

Seguindo esta ordem de ideias, estando o árbitro vinculado ao precedente e, sendo a decisão do STF em controle concentrado um precedente vinculante, a impugnação ao cumprimento de sentença é um mecanismo de controle da atividade do árbitro que julga em sentido contrário ao precedente.

6. CONCLUSÕES

Embora haja séria controvérsia doutrinária acerca do tema — o que ficamos impedidos de esmiuçar nas limitadas linhas deste trabalho — parece correta a constatação de que se o problema da vinculação do árbitro aos precedentes precisa ser melhor desenvolvido legalmente.

Diferente é a posição majoritária no sentido de compreender os precedentes como fonte do direito e além de fonte do direito, nos parece ser esta a fonte do problema acima colocado também. É que falar que precedentes são fontes do direito e ao mesmo tempo dizer que o árbitro não está vinculado a ela na arbitragem de direito é um contrassenso.

Tal contrassenso, porém, não leva ao fato de admitir que existam controles sobre a sentença que não observa o precedente vinculante, isto é, não é pelo fato de que o árbitro está vinculado que necessariamente deve haver um mecanismo para solucionar o problema.

A despeito disso, no presente trabalho, concluímos que: a) há vinculação do árbitro aos precedentes e; b) existem mecanismos de controle da sentença arbitral que visam a conformar a sentença à essa importante fonte do direito.

Por coerência com o que se disse acima, temos que ambas as afirmações (a e b) são verdadeiras, mas a primeira não justifica a segunda.

Daí que não basta dizer que o árbitro está vinculado ao precedente para concluir pela existência de mecanismos, de maneira que tivemos que fundamentar as nossas ideias a partir de cada mecanismo proposto.

Embora incipiente, as conclusões iniciais e que podem ser alteradas ao longo do tempo, posto que a mudança de posicionamento será sempre salutar quando exista elementos para isso, pensamos ser cabível até mesmo a reclamação para combater a inobservância dos precedentes na sentença do árbitro (posição amplamente minoritária).

Assim é que é preciso que a doutrina avance no tema, interpretando as disposições *de lege lata* e propondo modificações *de lege ferenda*. Não foi esse último o nosso objetivo, mas tão somente tentar estabelecer uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico e aplicá-lo ao problema da arbitragem, o que só irá fortalecer o sistema de precedentes no Brasil.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Noberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

_____. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DONIZETE, Elpídio. *Curso Didático de direito processual civil*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Vol. I. 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MACÊDO, Lucas Buriel. *Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral?* Revista de Processo, vol. 305/2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

_____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Vol. I. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista 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.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 9ª ed. rev. e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade*. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0791_0830.pdf. Acesso em 06.07.2021.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1976.

SALOMÃO, Luís Felipe e FUX, Rodrigo. *Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle*. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/10/54104e121b07df_arquivo-artigo.pdf. Acesso em 05.07.2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e precedentes: Cinco premissas, cinco conclusões, um epílogo (e um vídeo)*. Migalhas de Peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/286703/arbitragem-e-precedentes-cinco-premissas-cinco-conclusoes-um-epilogo-e-um-video>. Acesso em: 08.07.2021.

TEMER, Sofia. *Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória*. Revista de Processo, vol. 278/2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O árbitro e a observância do precedente judicial*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial>. Acesso em: 08.07.2021.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) E GROUP LITIGATION ORDER (GLO): LIÇÕES PARA O APRIMORAMENTO DA SOLUÇÃO COLETIVA DE CONFLITOS NO BRASIL A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA COMPARADA¹

SILVA, Larissa Clare Pochmann da²
BARBOSA, Amanda de Fátima de Oliveira³

- 1 O presente artigo é fruto do projeto PIBIC/UNESA, em que a discente Amanda de Fátima de Oliveira Barbosa atuou como voluntária.
- 2 Pós-Doutora em Direito Processual pela UERJ. Doutora e Mestre em Direito pela UNESA. Advogada. Professora da UNESA e Coordenadora do Curso de Direito do Campus Recreio. E-mail: larissacpsilva@gmail.com. Líder do Grupo de Pesquisa “Tendências do Direito Processual Civil: jurisprudência e precedentes”.
- 3 Bacharel em Direito pela UNESA. Foi aluna voluntária no PIBIC/UNESA. E-mail: amandadefatima97@gmail.com. Integrante do Grupo de Pesquisa “Tendências do Direito Processual Civil: jurisprudência e precedentes”.

RESUMO

Com o avanço da globalização, aliado às inovações tecnológicas, multiplicam-se as lesões de massa, causando danos a um grande número de indivíduos. Buscando evitar a dispersão da jurisprudência, o legislador brasileiro apresentou, a partir do Código de Processo Civil de 2015, o advento do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Não obstante a nítida influência do mecanismo alemão do *Musterverfahren*, o instituto brasileiro não deixou de ser influenciado por diversas experiências do direito estrangeiro. O texto tem como foco a comparação com a *Group Litigation Order* (GLO), justamente diante da crescente relevância do cenário anglo-saxão no direito brasileiro e por ser, também, um mecanismo mais antigo que o brasileiro, que teve como propósito o aprimoramento da prestação jurisdicional, buscando propostas para o aperfeiçoamento da solução coletiva de conflitos no cenário nacional.

Palavras-chave: incidente processual; solução coletiva; prestação jurisdicional.

1. INTRODUÇÃO

No cenário contemporâneo, com o avanço da globalização, da concentração urbana, dos contratos padronizados, aliados às inovações tecnológicas e à rápida difusão da informação, com intenso fluxo de informações, mercadorias e pessoas, multiplicam-se as lesões de massa, capazes de causar danos a um grande número de indivíduos. Ao mesmo tempo, também se amplia a interlocução cultural, com o crescente interesse nas soluções engendradas por outros países e culturas jurídicas, fortalecendo-se o estudo e a reflexão sobre o direito processual comparado.

Buscando evitar o asoerbaramento do Poder Judiciário e a dispersão da jurisprudência, para assegurar um processo mais célere, através do julgamento conjunto de demandas que versem sobre questão comum de direito, o Direito Processual Civil brasileiro apresentou, a partir do Código de Processo Civil de 2015, o desenvolvimento de um novel mecanismo, o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Constou expressamente na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código que o mecanismo brasileiro teve sua inspiração no mecanismo alemão denominado *Musterverfahren*.

Não obstante a nítida influência alemã, o instituto brasileiro não deixou de ser influenciado, também, por diversas experiências do direito estrangeiro, como as antigas ações de ensaio (*test claims*) norte-americanas e inglesas; a *Group Litigation Order* (GLO) da Inglaterra e do País de Gales e até mesmo em tribunais internacionais, como o *Pilot-judgment* procedure da Corte Europeia de Direitos Humanos, para não mencionar também o sistema incidental de controle da constitucionalidade europeu mesclado com o brasileiro, bem como os recursos repetitivos. Para fins de realizar o recorte e, conseqüentemente, o aprofundamento da pesquisa, o presente trabalho terá como foco a delimitação à comparação com a *Group Litigation Order* (GLO), justamente com foco na crescente relevância do cenário anglo-saxão no direito brasileiro.

Os objetivos específicos foram o estudo do tratamento conferido às demandas repetitivas no Brasil e no Reino Unido, bem como a análise da previsão legislativa e do funcionamento de cada um dos mecanismos, conferindo-se um tratamento quanti- qualitativo às informações obtidas, para que pudessem ser obtidas propostas para o aprimoramento do instituto brasileiro.

2. GLO e IRDR

Neste momento, o instituto anglo-saxão e o instituto brasileiro serão analisados a partir das seguintes perspectivas: i) previsão legal; ii) legitimados; iii) requisitos de admissibilidade; iv) o procedimento e v) o julgamento.

2.1. Previsão legal

A *Group Litigation Order* (GLO) é um procedimento não representativo previsto na Seção III, do Título 19, das *Rules of Civil Procedure*. O mecanismo emergiu para proporcionar flexibilidade e adaptação no procedimento, cabendo ao julgador, após a reunião de processos, fixar as questões comuns a serem decididas e é aplicável a todos os ramos do Direito, sem exceção.

Segundo as Regras 19.10 e 19.11 (1) do Código de Processo Civil inglês, uma demanda individual pode receber o tratamento de litígio coletivo – *Group Litigation Order* (GLO) – sempre que houver pretensões fundadas ou que contenham questões, de fato ou de direito, comuns ou relacionadas (*GLO issues*). Não obstante a previsão específica, considerada breve pela doutrina anglo-saxã (HODGES, 2008, p. 54), há, ainda, normas relacionadas com a solução coletiva de conflitos em outras partes do Código, como, *v.g.*, a prevista na Regra 48.6A (5), que diz respeito às custas judiciais.

O referido mecanismo consistiu em uma técnica de reunir múltiplas demandas individuais para que seja decidida uma questão comum ou simular com eficácia vinculante (HODGES; VOET, 2018, p. 50). As demais individuais permanecem separadas, embora sejam tratadas como uma só para fins de processamento e julgamento. Assim, a título de exemplo, uma prova que conste em um processo que está veiculado ao mecanismo pode, em princípio, ser utilizado para todos. É importante, ainda, destacar que processos coletivos não estão sujeitos à reunião no *Group Litigation Order* (HILL, 2018, p. 12).

No Brasil, o incidente de resolução de demandas repetitivas está inserido no Capítulo VIII, com a denominação e conteúdo destinado exclusivamente ao instituto, do Título I (Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais), no Livro III (Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais), da Parte Especial, nos artigos 976 a 987.

Buscou-se, assim, a racionalização e eficiência dos meios processuais, que precisam se reinventar para fazer frente às novas demandas. Neste cenário, é que se inserem os mecanismos que possam tentar realizar a árdua tarefa de julgar os litígios envolvendo direitos individuais homogêneos de centenas, milhares ou milhões de pessoas, mediante uma ou poucas ações coletivas ou outros meios de resolução coletiva de demandas repetitivas, de massa ou plúrimas.

2.2. Legitimados

No cenário anglo-saxão, a Regra nº 19.10 das *Civil Procedure Rules* dispõe que o procedimento pode ser iniciado de ofício pelo órgão judicial ou requerido por qualquer das partes, a qualquer momento nos autos, devendo haver, todavia, consulta prévia ao Serviço de Informação sobre Ações Coletivas da *Law Society*, para se aferir sobre a existência de outros casos relacionados com as questões comuns sugeridas. As partes somente poderão iniciar o procedimento após sua aprovação.

Não obstante não se discuta, neste procedimento, uma representatividade adequada, devido ao quantitativo de casos que podem estar abrangidos pelo mecanismo, a diretriz prática nº 19.b.2.2 prevê a relevância que os requerentes formem um grupo e escolham um de seus membros para liderar a instauração da GLO, indicando as questões comuns ou semelhantes, mas não necessariamente idênticas, com a finalidade de trazer maior eficiência ao procedimento (HILL, 2018, p. 160). Inclusive, o relacionamento do requerente com os outros membros do grupo deve ser cuidadosamente definido por escrito e estará sujeito à apreciação pelo tribunal sob o CPR 19.13 (c).

Já no Brasil, segundo o artigo 977 do Código de Processo Civil, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas poderá ser suscitado de ofício, pelo juiz de primeiro grau ou pelo relator, bem como requerido pelas partes, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, por petição. Acrescenta Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (MENDES, 2017, p. 130) que se “o relator pode suscitar, com muito maior autoridade poderá o órgão colegiado”.

Embora os legitimados para suscitar o incidente estejam previstos no artigo seguinte, o artigo 977 no Código de Processo Civil, o §2º dispõe que, se o Ministério Público não for o requerente do incidente, ele atuará como interveniente e, na hipótese do parágrafo anterior, qual

seja, de desistência ou de abandono da causa no bojo da qual tenha sido instaurado o IRDR, o Ministério Público assumirá a titularidade.

Em razão da natureza do IRDR, este procedimento se caracteriza pela multiplicidade de interesses paralelos, que serão afetados em razão do efeito vinculativo da decisão proferida sobre a questão comum. Nos processos paralelos, os interessados, assim considerados todos os que discutam nos respectivos processos a questão objeto do IRDR, não figuram, em princípio, como parte, mas, no sistema brasileiro, dispõem do poder de atuação voluntária no incidente, para fiscalizar e complementar as partes do incidente.

2.3. Requisitos de admissibilidade

Na GLO, o requerimento para a instauração, de acordo com a Regra 19.11, deve indicar: i) a natureza do litígio; ii) o número de demandas pendentes sobre a mesma questão comum; iii) o número de pessoas físicas ou jurídicas envolvidas; iv) o número de potenciais demandas que ainda podem vir a serem ajuizadas; v) a questão comum de fato ou de direito; vi) se a questão distinguindo os envolvidos. Ademais, o procedimento possui custos, devendo se avaliar se seria a forma mais adequada para a solução do litígio. A existência de um financiamento para o litígio é avaliado positivamente no momento de admissão do *Group Litigation Order*, pois traria a projeção de uma maior chance de êxito (HILL, 2018, p. 130).

A identificação da questão comum ou relacionada, de fato ou de direito, é de extrema relevância, pois, após serem precisamente identificadas, tais questões serão e terão eficácia vinculante em relação a todas as demandas que estejam no registro. Não é necessário indicar as questões individuais, restritas a cada processo, e nem mesmo identificar que questões comuns ou similares superariam às questões individuais. Bastaria uma única questão comum ou similar para que o mecanismo pudesse ser instaurado, embora, quanto maior o número de questões a serem solucionadas, maior será o benefício.

Não há, porém, um momento previamente determinado para que o procedimento seja instaurado, embora, no curso do procedimento, mas o mecanismo deve ser considerado a forma mais eficiente de solucionar o litígio e as questões comuns ou similares devem ser solucionadas de forma mais adequada coletivamente do que individualmente e até mesmo pela *Group Litigation Order* do que por outros mecanismos.

No Brasil, nos termos do artigo 977 do Código de Processo Civil, o incidente será suscitado pelo juiz ou relator, por ofício e pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição, demonstrando a presença dos 2 (dois) requisitos positivos e do requisito negativo, quais sejam: i) efetiva repetição de processos sobre questão comum de direito; ii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; iii) tema não afetado ao procedimento de recurso repetitivo.

O requerimento será dirigido a um tribunal, que teria a competência para a admissibilidade, o processamento e julgamento do IRDR. A apreciação do incidente caberá, nos termos do art. 978, *caput*, do Código de Processo Civil, ao órgão do tribunal indicado no regimento interno, dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Será, contudo, necessariamente, do plenário ou do órgão especial, quando se tratar de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do art. 97 da Constituição da República.

O tribunal analisará a presença dos requisitos do art. 976, ou seja, o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, diante da efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão predominantemente de direito (MENDES, 2014, p. 199). A questão de direito poderá ser material ou processual. Portanto, a identidade apenas fática não permite a admissibilidade do incidente brasileiro.

Caso entenda não estarem presentes os requisitos, será rejeitada a instauração e o curso do(s) processo(s) de onde se originou o incidente será retomado. Na hipótese de admissibilidade, o procedimento incidental prosseguirá o seu trâmite no tribunal.

2.4. Procedimento

O procedimento da *Group Litigation Order* (GLO) envolve a transferência dos processos com questões comuns ou similares para a *management court*, evitando a prática de atos desnecessária em diversas demandas individuais. Quando as demandas são transferidas, uma cópia deve ser fornecida: i) ao *Law Society*; ii) ao *Senior Master, Queen's Bench Division, Royal Courts of Justice*.

O julgador, após a reunião das demandas, terá providências não exaustivas, como: i) encorajar a cooperação das partes no procedimento; ii) identificar as questões comuns ou similares com precisão; iii) apreciar que questões poderiam ser decididas imediatamente e quais demanda-

riam dilação probatória; iv) dispor sobre a ordem em que as questões forem solucionados; v) incentivar a solução consensual; v) fixar um calendário para as atividades; vi) incentivar o uso da tecnologia até a decisão do caso; vii) assegurar a celeridade e a eficiência do mecanismo, sendo que, para atingir todos esses objetivos, deve ser observada a regra 3.1 das *Civil Procedure Rules*.

Uma vez que o procedimento se inicie, será designado um relator e ele ficará responsável por determinar que: i) todas as demandas sobre o tema que constem no registro ficarão vinculadas ao procedimento; ii) quaisquer instruções de gerenciamento de caso que já tenham sido dadas em tal caso, exceto pelo tribunal competente, serão anuladas; iii) as datas designadas para audiências em demandas individuais serão desmarcadas.

O Relator do procedimento poderá ser auxiliado por outro magistrado, enquanto também pode ser designado um *District Judge* para solucionar questões processuais, que atuará em consonância com as orientações fornecidas pelo Relator.

Primeiro, serão listadas todas as questões individuais nas demandas submetidas ao mecanismo e, em seguida, calendarizada sua solução, para somente após ser solucionada a questão comum (HODGES, 2001, p. 61).

De acordo com a Regra 12.13, os poderes do tribunal que apreciará o *Group Litigation Order*: (a) as questões comuns ou similares a serem analisadas pelo procedimento; (b) a escolha de uma ou mais demandas para funcionarem como modelo, sendo o número de demandas a ser definido pelo Tribunal; (c) nomear um dos envolvidos responsáveis para atuar no procedimento, não sendo este necessariamente o requerente; (d) aferir se uma demanda preenche os requisitos para ser incluída posteriormente no registro e, portanto, ficar vinculada ao procedimento; (e) especificar se será fixada uma data após a qual nenhuma reclamação poderá ser adicionada ao registro do grupo, a menos que o tribunal dê permissão; (f) aferir a relação custo *v.* benefício do procedimento.

Não há qualquer critério positivado na Regra para definir quais demandas seriam selecionadas, enquanto todas as demais que constarem no registro ficarão sobrestadas até a decisão do Tribunal (GIBBONS, 2009, p. 136).

Audiências podem ser determinadas a qualquer momento antes do julgamento para uma condução mais adequada do caso, especialmente sobre os esclarecimentos sobre questões comuns ou similares, a definição das posições processuais de cada um dos litigantes envolvidos, a

produção de provas e a preparação para o julgamento (HILL, 2018, p. 171). Durante a audiência, todas as instruções são vinculativas, mesmo para demandas que tenham sido registradas posteriormente. Caso haja alguma determinação não vinculante durante a instrução, esta deve ser devidamente indicada pelo julgador (HODGES, 2008, p. 57).

O Tribunal em que tramita o procedimento poderá determinar que, a partir de determinada data, todas as demandas que sejam ajuizadas sobre a questão comum lá sejam diretamente encaminhadas, constando a informação no registro, enquanto as demandas pendentes lá serão reunidas. Porém, pode, também, especificar uma data após a qual nenhuma reclamação poderá ser adicionada ao Registro do Grupo, salvo se houver permissão expressa.

A delimitação temporal para o mecanismo é frequentemente adotada no caso de acidentes e desastres, quando não há a perspectiva de ajuizamento de um número relevante de demandas posteriormente, mas não costuma ser feita no caso de reclamações consumeristas ou demandas sobre medicamentos (HODGES, 2001, p. 79).

Não há, entretanto, qualquer imposição apriorística e absoluta no sentido de se proceder à notificação das demais pessoas interessadas durante a instrução do procedimento. Assim sendo, os tribunais poderão agir com discricção na avaliação pertinente à necessidade e à viabilidade da notificação, sendo que todas as notificações possuem custos. A imposição ou não da obrigatoriedade quanto à comunicação será decidida no caso concreto, levando-se em consideração fatores como a dimensão do grupo, o valor individual das pretensões, os custos estimados para a notificação.

Os interessados poderão comparecer espontaneamente e produzir provas no procedimento seguindo a regra geral da atuação de terceiros no processo, a Regra 31.17 das *Civil Procedure Rules*, aí envolvendo se a prova foi pertinente ao caso e puder reduzir os custos do procedimento.

Já no incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro, nos termos do art. 981 do CPC, após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos respectivos pressupostos. Embora endereçado ao presidente do tribunal, o registro e a distribuição deverão ser realizados no dia da sua entrada, nos termos do art. 929 do Código de Processo Civil. No caso, a distribuição se dará entre os integrantes do órgão competente fixado no Regimento Interno para o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Distribuído o incidente de resolução de demandas repetitivas para o respectivo órgão judicial e relator, nos termos do art. 930, podendo haver prevenção, não por recurso anterior, mas, sim, em razão de IRDR anteriormente instaurado e que contenha vis atrativa em relação ao novo.

Uma vez admitido o incidente, o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no estado ou na região, conforme se tratar de tribunal de justiça ou de tribunal regional, suspensão esta que vem sendo admitida no país como não obrigatória. Cabe destacar, porém, que caso haja, no processo, uma questão debatida que seja objeto do incidente e uma ou mais questões não, a melhor solução, mesmo não havendo previsão legal expressa no texto sancionado, seja a suspensão apenas da questão submetida ao incidente, de forma a não comprometer a celeridade processual, aplicando-se, se for o caso, o julgamento parcial do mérito, previsto no artigo 356 do Código de Processo Civil.

Em seguida, poderá requisitar informações aos órgãos em cujo juízo tramite processo no qual se discuta o objeto do incidente, que as prestará em 15 (quinze) dias, requisição esta que deve ser excepcional, pois o incidente já deverá vir instruído, sendo tal requisição apenas quando houver a falta de algum dado relevante para o prosseguimento. Em seguida, o Ministério Público será intimado para se manifestar no prazo de quinze dias. Com efeito, não só as partes e o Ministério Público, mas pessoas, órgãos e entidades interessadas na controvérsia poderão participar da discussão. O presente dispositivo apresenta, portanto, consonância, com a ideia de cada vez mais envolver a sociedade (destinatária das decisões judiciais) na dialética processual, visando a possibilitar aos julgadores o um quadro mais completo sobre a controvérsia, considerando a amplitude dos efeitos do pronunciamento sobre o incidente sobre uma grande quantidade de processos.

Destaca-se que o *modus* da instrução prevê a possibilidade de audiência pública para oitiva de depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

Frise-se que tais cuidados e expansão da discussão, visando à amplitude e profundidade nas argumentações, se dão em virtude do caráter vinculativo adotado, que poderá atingir um número significativo de pessoas.

Outro ponto interessante é, justamente, o modo concentrado do contraditório, com a previsão de prazo comum de quinze dias para todos que desejarem se manifestar, requerendo ou juntando documentos,

bem como diligências necessárias para a solução do litígio, observando-se que, nem mesmo o Ministério Público disporá de prazo diferenciado, devendo manifestar-se, igualmente, em quinze dias, após o prazo concedido aos demais.

No julgamento do incidente, após o relatório, será dada a palavra, sucessivamente, durante o prazo de 30 (trinta) minutos, ao autor e ao réu do processo originário, bem como ao Ministério Público, para que sustentem suas razões. Em seguida, todos os demais interessados, previamente inscritos com a antecedência de dois dias, poderão manifestar-se no prazo de 30 (trinta) minutos, dividido entre todos. Esse prazo para sustentação oral, poderá ser ampliado, a critério do órgão julgador, considerando o número de inscritos, de acordo com a previsão do artigo 984, §1º. Por fim, o órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal julgará o incidente. Realizado o julgamento, o parágrafo segundo, em nítida preocupação com uma fundamentação analítica das decisões judiciais, já retratada no artigo 489, §1º do mesmo diploma, dispõe que o acórdão que julgar a tese abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados, favoráveis ou contrários.

2.5. Julgamento

O julgamento das questões comuns não será parte do procedimento, sendo o foco aqui o julgamento das questões comuns ou similares. Esse é vinculativo para: (a) todas as demandas que estão no registro do grupo no momento em que o julgamento é proferido, a menos que o tribunal ordene o contrário; e (b) o tribunal pode dar instruções sobre a vinculação para as demandas que sejam posteriormente incluídas no registro, já que elas não estarão automaticamente vinculadas ao julgamento (HILL, 2018, p. 250).

Assim, a vinculação ocorre, de regra, em relação às pretensões que se encontram registradas no momento do julgamento, mas podem ser estendidas, também, a casos que sejam posteriormente inscritos, se a corte assim determinar, como consta na Regra 19.12 (1) do Código de Processo Civil. Inclusive, demandantes que ingressem no registro após o julgamento podem, sem qualquer necessidade de autorização, recorrer a partir do entendimento firmado, enquanto os que já estavam no registro necessitam de permissão do Tribunal que admitiu o procedimento para recorrer (ANDREWS, 2018, p. 118).

No Brasil, o Código de Processo Civil contempla a preferência de julgamento para o incidente de resolução de demandas repetitivas sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. Prevê, ainda, que o referido incidente seja julgado em um prazo de até 1 (um) ano. Após esse prazo, cessará a suspensão dos processos afetados ao incidente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

O referido prazo é fundamental para a realização da eficiência esperada do novo instituto, prevendo que os tribunais de segundo grau e as cortes superiores possam julgar rapidamente as questões centrais comuns controversas e que tenham propiciado ou estejam ainda fomentando controvérsias repetitivas. A previsão zela pela prestação jurisdicional em um tempo razoável, evitando que o IRDR se prolongue por tempo demasiado e prejudique aqueles processos que aguardam por uma resposta jurisdicional.

Considerando a finalidade do instituto e o interesse público em seu bom funcionamento, ainda que haja desistência ou abandono da causa no bojo da qual o incidente for instaurado, o incidente deverá ser decidido. Ressalva-se, porém, que a tese jurídica fixada não poderá atingir ser aplicada as partes nas ações da ação em que houve a desistência ou o abandono.

Julgado o incidente, a tese jurídica fixada será aplicada a todos os processos, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do tribunal, inclusive nos juizados especiais, assim como aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo se a tese fixada for posteriormente revista. Este dispositivo consagra a vinculação do teor do julgamento do IRDR, um dos pressupostos do instituto para evitar decisões conflitantes, e sua inobservância ensejará o cabimento de reclamação, nos termos do parágrafo primeiro, ressalvada a fundamentação no sentido de distinção do caso concreto à tese definida ou de superação da tese. Não haverá essa limitação territorial da aplicação da tese fixada se houver recurso para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, considerando o caráter nacional destes tribunais.

São cabíveis, além dos embargos de declaração, nas hipóteses legais do artigo 1.022 do Código de Processo Civil, os recursos extraordinário e especial, conforme o caso, estes últimos por previsão expressa do art. 987 do Código de Processo Civil.

Os recursos especial e extraordinário possuem efeito suspensivo *ope legis*, para que a tese firmada no âmbito do tribunal local, regional ou estadual, possa ser sedimentada em definitivo no âmbito dos tribunais superiores, antes de ser aplicada, preservando-se a isonomia.

3. CONCLUSÕES

O presente artigo procurou desenvolver, a partir da solução coletiva de conflitos, uma perspectiva comparativa entre o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas no Brasil e a Group Litigation Order (GLO) no cenário anglo-saxão, sob o ponto de vista das pertinentes características, em termos de finalidades, concepção, regramento, efeitos e resultados práticos. Para isso, procurou eleger aspectos comuns e pertinentes aos dois institutos para a análise comparativa.

Em relação aos requisitos de admissibilidade, é importante mencionar que, no direito estrangeiro, não se faz qualquer delimitação se a questão seria fática ou de direito, até mesmo, além do potencial de se caracterizar uma situação fática como repetitiva, hermeneuticamente a doutrina há muito tempo alerta para o equívoco da separação entre fatos e direitos.

Em relação aos legitimados, no mecanismo anglo-saxão, quem atua em prol dos interessados é alguém que pode ser indicado pelo grupo, o que, mesmo sem parâmetros expressos, indica alguém que tenha boas informações sobre o ocorrido e esteja bem preparado para o litígio, inclusive com experiência e assessorado por bons profissionais, mas, principalmente, que passa pelo crivo do tribunal, que proferirá a decisão. Esta previsão, de nítida preocupação com quem atuará no mecanismo, é de especial relevância se for recordado que o que for decidido terá efeito vinculante, sendo aplicado aos processos pendentes e, no caso do Brasil, das demandas que venham a ser ajuizadas.

Em relação ao requerimento, parece relevante a previsão da Regra 19.11 sobre os requisitos a serem preenchidos. Não obstante os requisitos do incidente de resolução de demandas repetitivas estejam previstos no artigo 976 do Código de Processo Civil, uma maior sistematização dos requisitos possivelmente poderia possibilitar um maior quantitativo de incidentes admitidos.

O estudo do direito comparado denota a importância de um registro para as demandas repetitivas, existentes em ambos os cenários.

As audiências devem ser designadas durante a instrução, possibilitando a mais ampla participação de todos os interessados, buscando-se a mais adequada instrução para a fixação da tese jurídica. Inclusive, é pertinente a notificação daqueles que desejem se manifestar, tanto através do registro, como, por exemplo, de avisos nas páginas dos tribunais e das redes sociais, de forma que se alcance uma solução efetiva, com economia judicial.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREWS, Neil. Multi-Party litigation in England. In: HÁRSAGI, V.; VAN RHEE, C.H. Multi-Party Redress Mechanism in Europe: Squeaking Mice? Cambridge: Intersentia, 2014, p. 111-123.

GIBBONS, Susan M. C. Group litigations, class actions and collective redress: an anniversary reappraisal of Lord Woolf's three objectives In: DWYER, Deirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. Oxford: Oxford University, 2009, p. 109-154.

HILL, Damien Byrne et al. *Class Actions in England and Wales*. Londres: Sweet & Maxwell, 2018.

_____. *Multi-party actions*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

HODGES, Christopher. *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems: a new framework for collective redress in Europe*. Portland: Hart Publishing, 2008.

_____; VOET, Stefaan. *Delivering Collective Redress*. Oxford: Hart, 2018.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 4.ed., 2014.

_____. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2017.

(SUB)UTILIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NAS CAUSAS CÍVEIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

RASGA, Mariana de Freitas¹

PALMA, Anna Laura Feitosa da Mata²

HERNANDES, Cíntia Carneiro³

PINHEIRO, Laiza Alves de Carvalho⁴

- 1 Bacharel em Direito pela UNESA. Foi aluna voluntária no PIBIC/UNESA. E-mail: amandadefatima97@gmail.com. Integrante do Grupo de Pesquisa “Tendências do Direito Processual Civil: jurisprudência e precedentes”. 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 Graduanda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. E-mail: cintia.c.hernandes@gmail.com;
- 4 Graduanda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. E-mail: laizarhcp@gmail.com.

RESUMO

O controle de convencionalidade consiste no mecanismo de verificação da compatibilidade entre as leis e normas internas do país com os tratados internacionais ratificados pelo Estado. Nesse sentido, o presente trabalho buscou analisar os parâmetros da utilização deste controle pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A importância do estudo é a análise da própria efetividade dos direitos tutelados em âmbito internacional pelo Judiciário carioca, já que está diretamente ligada à aplicação do controle convencional pelo tribunal. Assim, será utilizada uma pesquisa quali-quantitativa através do método documental de revisão bibliográfica. Em relação às fontes principais, há principal destaque aos tratados internacionais, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ademais, a realização da pesquisa jurisprudencial do colegiado carioca será delimitada temporal e materialmente, abarcando apenas os acórdãos de matérias cíveis publicados nos últimos onze anos, ou seja, entre 2010 e 2021. Nessa análise, foi possível constatar a aplicação do Pacto São José da Costa Rica, evidenciando a relevância desta Convenção para o direito pátrio. Todavia, conclui-se que essa utilização se resume a questões já sedimentadas na jurisprudência e o controle convencional é aplicado de forma limitada, não contemplando todo o seu potencial na resolução de conflitos.

Palavras-chave: Duplo-controle; Direito Constitucional; Direito Internacional; Sistema Interamericano de Promoção e Proteção aos Direitos Humanos;

1. INTRODUÇÃO

A execução do controle de convencionalidade no Brasil é pouco desenvolvida, sobretudo pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ), em confrontação aos demais Estados signatários de tratados internacionais de Direitos Humanos (DH). No entanto, no ano de 2008, dois julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) se tornaram históricos, como o julgamento do Habeas Corpus nº 87.585/TO e do Recurso Extraordinário (RE) nº 466. 343/SP, em que a Corte Constitucional brasileira reconheceu que os tratados internacionais de DH possuem força maior do que a lei ordinária, o que resultou na invalidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro, tornando inválidas todas as leis ordinárias em divergência à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) (1969) em matéria de prisões civis.

Assim sendo, o STF realizou o duplo controle de convencionalidade nos julgamentos anteriormente dispostos, o que passou a constituir referência à jurisprudência e doutrina sobre os tratados de Direitos Humanos, servindo como base para um dos acórdãos analisados no presente estudo que foram julgados pelo TJ/RJ.

Com origem na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), precisamente no caso de *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, o controle de convencionalidade é um mecanismo de busca analisar a compatibilidade entre os tratados internacionais e o ordenamento jurídico doméstico. Nesse julgamento de 2006, a Corte proferiu sentença que conferiu a obrigação dos magistrados de cada Estado aplicarem as leis nacionais de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CIDH, 2006).

Além do caso supracitado, a Corte IDH vem reafirmando o controle de convencionalidade por meio de diversos outros litígios, como o caso *Aguado Alfaro e outros Vs. Peru* (2006), conhecido como *Trabajadores cesados del Congreso*, no qual o colegiado interamericano exige que os juízes domésticos competentes para a realização do controle de constitucionalidade implementem um duplo controle (*dobble control*), pois estes devem empregar o controle de convencionalidade aderido ao controle de constitucionalidade (SAGÜÉS, 2010, p. 121).

Todavia, o método tem como base jurídica apenas a Convenção, mas se fundamenta na boa-fé dos Estados no cumprimento de suas obrigações internacionais; o princípio do efeito útil dos tratados não ser

diminuído pela legislação interna; e o Artigo (Art.) 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), que confirmou a impossibilidade de alegação do direito interno para impedir o cumprimento das normas internacionais (CAMILO, 2017, p. 29).

Nesse sentido, em âmbito nacional, é crucial o processo de revisão das normas internas em conformidade com os tratados internacionais. Isso foi corroborado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que estipulou uma relação direta entre controle de constitucionalidade e controle convencional ao conferir *status* constitucional de tratados internacionais de Direitos Humanos (TIDH) foi formalmente fixado perante a dois turnos de votação no Congresso Nacional, conforme exposto no Art. 5º, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Assim, merece especial atenção do Judiciário e da academia brasileira como um todo devido a seu elevado grau de importância doméstica e internacional, visto que transforma os magistrados do país parte em protetores do Pacto de San José da Costa Rica (PSJCR), o que não é observado em âmbito nacional.

Destarte, o presente trabalho buscará alimentar tal discussão localmente, tendo como objetivo geral investigar como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ) aplica o controle convencional. Ainda, propõe-se especificamente a conceituar o exercício do controle convencional atrelado ao controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro e a analisar decisões proferidas entre 2010 a 2021 do colegiado supramencionado, a fim de compreender o comportamento do mesmo acerca do controle de convencionalidade.

2. METODOLOGIA, DISCUSSÃO E RESULTADOS

2.1. Metodologia

Em relação à metodologia utilizada no estudo, foi realizada uma pesquisa qualitativa e quantitativa, empreendida através de técnica documental de revisão bibliográfica.

Em síntese, foi feito o exame da aplicação do duplo-controle pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, utilizando o método dedutivo, com o objetivo de chegar a conclusões sobre os objetivos propostos.

As fontes principais são os tratados internacionais, em particular o Pacto São José da Costa Rica, patrimônio jurídico fundador do Sistema Interamericano de Promoção e Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH).

Ademais, são utilizados os princípios gerais do Direito, os costumes da sociedade brasileira, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim como o ordenamento jurídico nacional como um todo, com especial enfoque à Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Outrossim, o principal foco foi a pesquisa jurisprudencial do colegiado, utilizando-se de suas delimitações: a material, compreendendo os acórdãos cíveis, bem como a temporal, com foco nos julgados publicados nos últimos onze anos (2010-2021).

2.2. O controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade das leis é a verificação vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de Direitos Humanos em vigor no Estado e na jurisprudência internacional.

Trata-se de uma obrigação decorrente, principalmente, do sistema interamericano de direitos humanos e seus instrumentos de proteção, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), em virtude do pacto (*pacta sunt servanda*), firmado entre os países signatários (RUSSOWSKY, 2012).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos efetivou a compreensão e a execução do controle de convencionalidade entre os países latino-americanos, perante o Pacto de San José da Costa Rica. Destarte, a Corte passou a observar, por meio de seus magistrados, que se os tribunais constitucionais intervêm na constitucionalidade, o a Corte regional interamericana delibera sobre a convencionalidade dos feitos (*Ibidem*, 2012).

Em suma, os casos *Almonacid Arellano e outros vs. Chile; trabajadores demitidos do congreso vs. Peru*: sentença de 24 de novembro de 2006; e *Radilla Pacheco Vs. México*, deram o início ao instituto do controle de convencionalidade, em especial, o caso *Almonacid Arellano e outros*, no qual a Corte IDH decidiu julgar no sentido de o controle difuso de convencionalidade, o qual se realiza a partir da análise de casos concretos, a ser determinada sua ordem pública ao alcance no exterior (*Ibidem*, 2012).

Ademais, no caso *Trabajadores Cesados Del Congreso* (2006), o colegiado interamericano exigiu que os juízes domésticos competentes para a realização do controle de constitucionalidade implementassem um duplo controle (*double control*), pois estes devem empregar o controle de convencionalidade aderido ao controle de constitucionalidade (SAGÜÉS, 2010, p. 121).

Logo, na sentença do caso *Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile*, de 2006, ficou explicitado que os magistrados dos países submetidos à jurisdição da Corte IDH eram obrigados a aplicar a legislação interna de acordo com o Pacto de San José da Costa Rica, de tal forma que:

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 (Corte IDH, 2006).

Ademais, é possível afirmar que, mesmo antes de ser mencionado em algum caso, a Corte IDH já utilizava o controle de convencionalidade. O caso *Olmedo Bustos e outros Vs. Chile*, conhecido como o caso ‘Última Tentação de Cristo’, de 2001, é um exemplo desta aplicação, já que a Corte determinou que o país deveria reformar a sua constituição por violar o direito à liberdade de expressão e pensamento, que é protegido pelo artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica (CAMILO, 2017, p. 27). Cumpre ressaltar que, utilizado o Pacto de San José da Costa Rica pela Corte IDH, como parâmetro de validade das regras domésticas chilenas, esta situação é considerada um controle convencional concentrado.

Por outro lado, o controle difuso de convencionalidade - aplicado por todos os juízes nacionais dos Estados membros a partir de casos concretos - nasceu de uma construção jurisprudencial da própria Cor-

te IDH, em decorrência de uma mutação interpretativa do artigo 69 da Convenção Americana de Direitos Humanos. São dispostos os seguintes elementos 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 artigo 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).

Passando a análise interna, a utilização do controle convencional no Brasil foi implementada por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004. A EC adicionou o §3º ao artigo 5º da Constituição da República (CRFB), o qual tornou equivalente os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigência no exterior, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, às emendas constitucionais, adquirindo *status* de norma formal e materialmente constitucional (BRASIL, 1988).

Na doutrina doméstica, a teoria do controle de convencionalidade foi implementada de maneira técnica por Valerio Mazzuoli (2008), por ocasião de sua defesa de tese, atentada pela doutrina, jurisprudência e pelo Superior Tribunal Federal. Segundo este autor, na realização do controle convencional pelos tribunais internos, não é necessário que haja autorização internacional, ou seja, o controle é considerado difuso porque é realizado por qualquer magistrado ou tribunal (MAZZUOLI, 2008, p. 227 - 228 *apud* MAZZUOLI, 2018).

Nesse sentido, é imprescindível registrar brevemente que o referido mecanismo emerge a partir da noção de controle de constitucionalidade, cujo método tem como embasamento a supremacia da Constituição do país. Dessa forma, o controle de constitucionalidade é uma ferramenta de averiguação de conformidade vertical das normas, dando base para o controle de convencionalidade que realizará a compatibilidade das normas infraconstitucionais com tratados internacionais, através da dupla compatibilidade vertical material (RUSSOWSKY, 2012).

Além disso, é um dever convencional que adveio da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual tem se posicionado no sentido do bom exercício do Poder Judiciário dos Estados-partes à Convenção Americana. O colegiado possui competência *ratione materiae* (em razão da matéria), apurando se os Estados-membros estão cumprindo seus compromissos estabelecidos pela ratificação de tratados

internacionais relacionados à promoção e proteção dos Direitos Humanos (GUERRA, 2017, p. 7).

Portanto, por consequência, isto confere a obrigação de compatibilizar as normas internas dos Estados-partes com os mandamentos internacionais, as quais devem estar em consonância com a sua Constituição (controle de constitucionalidade) e com os tratados internacionais ratificados pelo Estado (controle de convencionalidade), desempenhando o duplo controle de verticalidade.

Nesse sentido, o instituto poderá ser aplicado tanto pela CIDH - controle convencional concentrado - quanto pelos tribunais e demais instâncias dos países compromissados - controle convencional difuso -, solucionando conflitos entre direito interno e legislações internacionais (MAZZUOLI, 2018, p. 13).

2.3. A aplicação do controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal

Antes de adentrar no controle de convencionalidade exercido de forma difusa, ou seja, a partir de casos concretos, é necessário analisar a importância do posicionamento jurisprudencial majoritário da Corte Constitucional brasileira.

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu formalmente, no ano de 2008, por meio do julgamento do Habeas Corpus n.º 87.585/TO e do Recurso Extraordinário (RE) n.º 466.343/SP, que os tratados de Direitos Humanos possuem peso maior do que a lei ordinária.

Em decorrência dessa decisão revolucionária, toda norma que contradizer tratados internacionais de DH não possui validade, pois passou a existir a posição de supralegalidade, em que se encontram os tratados de direitos humanos que não são proporcionais às Emendas Constitucionais, num ponto superior as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais (RUSSOWSKY, 2012).

Todavia a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVII, possibilita a prisão civil por dívida do depositário infiel e do devedor de alimentos. Entretanto, o Pacto de San José da Costa Rica ratificado pelo Brasil em 1992, traz apenas a possibilidade de prisão civil em virtude de dívida de alimentos.

Por isso, a Corte Constitucional brasileira, nos julgamentos citados, sustentou o entendimento de que os TIDH possuem *status* de norma

supralegal, porém, a possibilidade de prisão civil do depositário infiel teria eficácia de norma limitada, isto é, depende de lei específica para sua concretização e que, diante do caráter supralegal, seria inviável a efetivação de prisão, pois a falta de regulamentação produziria o efeito paralisante e tornaria qualquer ato estatal em sentido contrário inconvenção.

Sendo assim, os referidos julgados resultaram na invalidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico pátrio, tendo sido derogadas todas as leis ordinárias em discrepância à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) em matéria de prisões civis, especificamente seu Art. 7.7, em que versa sobre o direito à liberdade pessoal. Posteriormente, no ano de 2009, o STF publicou a Súmula Vinculante nº 25, tornando ilícita a prisão civil do depositário infiel independente da modalidade de depósito.

É válido ressaltar também que pode haver a aplicação de um duplo controle concentrado pelo STF em ocasiões de tratados sobre Direitos Humanos internalizados com os requisitos do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal (GOMES, 2008, p. 227-228 *apud* MAZZUOLI, 2018, p.18). Nesse caso, os tratados internacionais que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação por três quintos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais.

Observa-se que, o exercício do controle de convencionalidade no Brasil não é afastado pelo controle de constitucionalidade, mas sim ratificado por ele uma vez que estes devem ser postos em prática de maneira concorrente para a validação das normas domésticas infraconstitucionais em vigor. Afinal, para que o magistrado sirva plenamente ao seu ofício, este deve compreender esta ideia, visto que o duplo controle é um requisito fundamental baseado na hierarquia das fontes materiais do Direito (MAZZUOLI, 2018, p. 51 - 52).

Assim, mostra-se que a aplicação do duplo controle pelo STF constitui um importante paradigma no que diz respeito à jurisprudência sobre os tratados de Direitos Humanos, que inclusive, serviu como base para um dos acórdãos que foram julgados pelo TJ/RJ que irão ser examinados a seguir.

2.4. Achados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Processos 0031792- 40.2018.8.19.0000 (2018) e 0065541-82.2017.8.19.0000 (2018)

É importante deslindar que os tribunais locais podem, de plano, compatibilizar as leis domésticas com tratados internacionais ratificados, efetivando sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro frente às demais normas internas. Como tratado na seção anterior, trata-se do controle convencional difuso.

O controle de convencionalidade difuso é feito a partir de casos concretos, na qual o Tribunal se manifestou sobre a sua compatibilidade ou não com tratados ratificados pelo Estado tal como o Pacto São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Nesse sentido, foi feito o exame de como o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro exerceu a compatibilidade das leis internas com os tratados internacionais de direitos humanos por meio do controle convencional em matéria cível nos últimos onze anos. Foram encontrados neste período dois julgamentos relativos aos Agravos de Instrumentos nº 0031792-40.2018.8.19.0000 (2018) e nº 0065541-82.2017.8.19.0000 (2018).

No Agravo de Instrumento nº 0031792-40.2018.8.19.0000 (2018), os agravantes requereram a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação, o passaporte e os cartões de crédito do devedor para sua apreensão e/ou bloqueio, com a finalidade de compeli-lo a pagar uma obrigação pecuniária.

Contudo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro indeferiu a pretensão por entender que não havia amparo legal para tal, e, ainda, entendeu que o pedido contraria o artigo 22 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual trata do direito de locomoção, compreendendo o direito de circular e residir no território do Estado, bem como de sair livremente dele (BRASIL, 2018). Nesse sentido dispõe o Pacto de San José da Costa Rica:

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir conformidade com as disposições legais.
2. toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio.
3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger

a segurança nacional, a segurança ou a ordem pública, a moral ou a saúde pública, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivos de interesse público.

5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional, nem ser privado do direito de nele entrar. (BRASIL, 1992)

No que tange ao Agravo de Instrumento nº 0065541-82.2017.8.-19.0000, o agravante pretendeu afastar a determinação de prisão civil por eventual desobediência do cumprimento da obrigação de fazer.

Nesse caso, o Tribunal decidiu pelo parcial provimento da medida, somente no sentido de afastar a prisão civil por crime de desobediência, com o entendimento de que só é cabível a decretação de prisão, na esfera cível, para o adimplemento de prestação alimentar (BRASIL, 2018).

A decisão está em conformidade com o artigo 7.7 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe que: “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

Assim, em ambos os casos o controle de convencionalidade se fez necessário para que não houvesse violação expressa a dispositivos do Pacto São José da Costa Rica e consequente negativa de vigência de norma internacional assecuratória de direitos humanos.

Portanto, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao se deparar com tais pretensões, que violavam de plano tanto o ordenamento jurídico brasileiro quanto a norma internacional, aplicou o controle de convencionalidade, bem como o controle de constitucionalidade, ou seja, aderiu ao duplo controle, apesar da escassez de julgados pelo TJ/RJ nesse mesmo sentido.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, o presente estudo mostrou que nos dois casos pesquisados, em matéria cível, entre os anos de 2010 e 2021, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aplicou o controle de convencionalidade de maneira tímida, ou seja, somente porque as matérias foram consideradas constitucionais e já consolidadas e pacificadas pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos anteriores referentes à prisão civil por dívida.

Todavia, tais posicionamentos são extremamente escassos no âmbito do controle convencional, o que leva a uma considerável deficiência na efetividade do mecanismo, conseqüentemente dos próprios Direitos Humanos que deveriam ser tutelados pelo Estado enquanto signatário de tratados.

Desse modo, aponta-se a escassez de acórdãos que mencionam algum instrumento do extenso patrimônio jurídico internacional brasileiro, mesmo ao longo de 11 (onze) anos. Tal fato elucida novamente o déficit encontrado na Justiça carioca com relação ao Direito Internacional e a proteção e promoção dos Direitos Humanos.

Portanto, o presente estudo introduziu o debate jurídico acerca do controle de convencionalidade, a fim de incentivar a maior percepção à tutela dos Direitos Humanos pelo Poder Judiciário no Rio de Janeiro. O Brasil enquanto Estado-parte dos sistema interamericano de direitos humanos deve promover a efetivação dos direitos assegurados nos tratados internacionais, o que não tem sido feito da melhor forma até o presente momento.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Acórdão do Agravo de Instrumento n. 0031792-40.2018.8.19.0000*. 2018. Relator: DAMASCENO, João Batista. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B9C486BD54B755999F87453D9A09D300C5084B13203C>. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Acórdão do Agravo de Instrumento n. 0065541-82.2017.8.19.0000*. 2018. Relator: DAMASCENO, João Batista. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004565FA5F4B2674DA72549AD5BC4E0383BC50750244446>. Acesso em: 28 jun. 2021.

CAMILO, Guilherme Vitor de Gonzaga. A aplicação dos tratados e a doutrina do controle de convencionalidade: Bases jurídicas e efetivação. *Revista de Direito Brasileira*, v. 17, n. 7, p. 18 - 39, 2017.

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 mar. 2021.

GUERRA, Sidney. Controle de Convencionalidade. *Revista Jurídica - UNICURITIBA*, v. 01, n° 46, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1994/1275>. Acesso em: 05 jul. 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. red. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Pacto de San José da Costa Rica*. 1969.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle da convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. n. 2. p. 61 - 96. 2012. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/30e0fd90e08/>. Acesso em: 28 dez. 2021.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, Año 8, n. 1. p. 117 - 136. 2010.

DECISÕES JUDICIAIS NO CENÁRIO DA POLÍTICA JUDICIALIZADA: UMA LEITURA A PARTIR DE DWORKIN DA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

SANTOS, Evandro Araújo dos¹
MOREIRA, Rafael Fernandes Gomes²
PONTES, Fernando de Oliveira³
SANTOS, Marcelo Pereira dos⁴

- 1 Graduando em Direito na Universidade Estácio de Sá (UNESA), 10º período. E-mail: evandroaraujo.jus@gmail.com
- 2 Pós-graduado em Direito Constitucional pelo Programa A Vez do Mestre da Universidade Cândido Mendes (AVM/UCAM). Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Integra o corpo de autores de obras em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Editora Juspodivm. É servidor Público Federal e Professor de Direito Constitucional e Direitos Humanos. gommore@icloud.com
- 3 Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Economia da Universidade Gama Filho (UGF). Coordenou e atuou como docente e pesquisador no Curso de Direito da Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO). É professor da Universidade Cândido Mendes (UCAM), instituições em que conduz a disciplina de Direito Internacional Público Direito Internacional Privado. É professor convidado da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ). fernandorj@globo.com
- 4 Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA) na Linha de Pesquisa Direitos Fundamentais. Tem Especialização e desenvolve pesquisa na área de Administração Pública na temática de Deferências nas Escolhas Públicas. Coordenador dos Cursos de Graduação e Pós- Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA). marcelo.pereira.adm.ufrrj@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem o propósito de refletir sobre o cenário nacional de judicialização da política. Nesse contexto são exigidas do Poder Judiciário respostas e soluções para controvérsias muitas das vezes solucionáveis pela via deliberativa, mas que são levadas a juízo. Surgem, invariavelmente, as chamadas decisões políticas muito criticadas pela sociedade. Entretanto é provocada uma reflexão acerca das consequências desse tipo de posicionamento judicial, ou seja, se são de fato prejudiciais ou não. Considerando os postulados da teoria da função constitucional do processo, é realizada uma leitura crítica da produção de Ronald Dworkin sobre o tema.

Palavras-chave: Teoria processual; decisões políticas; conflito teórico e prático.

1. INTRODUÇÃO

O século XXI tem sido palco de crescimento da democracia no mundo. Junto dela, o debate político se intensifica e é natural que surjam conflitos. Ao considerar a realidade brasileira, com o advento da Constituição Federal de 1988, é perceptível uma intensa judicialização da política. Inúmeros processos reclamam do judiciário uma solução a controvérsias envolvendo políticas públicas, atuações (ou omissões) típicas do Poder Executivo e Legislativo.

Neste sentido, o Poder Judiciário é convocado constantemente a se posicionar diante de questões mais políticas do que jurídicas. Surge então ambiente propício para uma brecha perigosa ao jogo democrático, que, parafraseando Dworkin, chama-se “império do direito”, muitas vezes materializado no Judiciário.

Em suas palavras, ao comentar sobre processos judiciais na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, afirmou: “as decisões judiciais também afetam muitas outras pessoas, pois a lei frequentemente se torna aquilo que o juiz afirma.” (DWORKIN, Ronald. 1999, p. 4). É de se considerar que Dworkin não critica o “juiz homem” tampouco o “juiz Estado”. A observação é feita justamente para trazer luz ao alcance das decisões proferidas pelo juízo e sua repercussão social.

O grande desafio desse cenário é harmonizar a responsabilidade que o texto constitucional atribuiu ao Judiciário e coibir os excessos que possam surgir a partir da jurisdição por conta de características inerentes a esse Poder. Destaca-se a substitutividade das sentenças e por, majoritariamente, ser dos juízes a última palavra.

A teoria da função constitucional do processo elaborada por Luiz Guilherme Marinoni traz clareza a como deve ser legitimado tanto o processo como as decisões judiciais. Ronald Dworkin, que desenvolveu um trabalho primoroso e crítico acerca da dogmática processual será o ponto de partida para entender qualitativamente as decisões políticas e a sua influência no jogo democrático.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica da doutrina a respeito do tema, bem como o cruzamento de conceitos como referência para observação da atividade judiciária no assunto investigado.

3. DISCUSSÃO E RESULTADOS

Maria Tonelli (2016, p. 7) propõe que a judicialização da política ocorre quando juízes dão os rumos de assuntos que deveriam ser decididos por representantes eleitos pelo povo. É uma proposição que enaltece dois grandes pilares constitucionais: a democracia e a separação dos Poderes, previstos nos artigos 1º e 2º da Constituição Federal de 1988.

Porém, é importante lembrar que o sistema de freios e contrapesos, oriundo da doutrina norte-americana, autoriza uma interferência legalmente prevista de um poder sobre o outro⁵ (NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. 2017, p. 1.328). Logo, se o Poder Judiciário é provocado a se posicionar nessa seara, não pode simplesmente se omitir de julgar sob o argumento de que não pode ou não deve influenciar outro Poder, mas deve atuar nos moldes previstos no texto constitucional, uma vez que a jurisdição é inafastável.

Na jurisprudência do STF é notória a quantidade de vezes que impasses políticos foram levados a juízo. Alguns dos casos mais notáveis trouxeram fundamentações permeadas de motivos que extrapolavam sobremaneira a esfera jurídica, isto porque os casos demandavam outro prisma analítico além do jurídico. Nestas demandas, o Poder Judiciário precisou atuar para dirimir controvérsia que politicamente não haviam sido solucionadas.

Discute-se então a ciência por trás de uma decisão judicial. Este, sem dúvidas, é o pronunciamento mais aguardado no processo. Surge após uma extensa fase cognitiva que comporta argumentação, contraditório, ampla defesa, dilação probatória, entre outras especificidades atinentes a cada demanda. Todas as etapas obedecem a determinações legais e constitucionais ainda que a lei ofereça certa margem de discricionariedade, como nos negócios jurídicos processuais (oitiva de testemunhas por videoconferência, dilação consensual de prazos e dispensa de depoimento pessoal são alguns exemplos).

Cada elemento do processo tem sua importância para a formação das decisões e estas, segundo Dworkin (1999, p. 272), “são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”⁶.

5 NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. Curso de Direito Constitucional. 2017, p. 1.328.

6 O autor constrói seu pensamento seguindo o revolucionário conceito da integridade no Direito, que estabeleceu parâmetros de justiça moral, social e legalidade à aplicação das normas pelo Estado.

3.2 Aplicação do conceito

3.2.1 Decisões judiciais e o contexto fático

Faz-se necessário observar alguns exemplos desse conceito aplicado na prática. É mandamento constitucional a promoção estatal de justiça gratuita aos necessitados (art. 5º, inciso LXXIV da CRFB/88). Os arts. 98 a 102 do CPC/15 trazem a regulamentação desse direito fundamental. Uma aplicação meramente objetiva do dispositivo legal aos casos concretos poderia gerar as mais diversas formas de injustiça com os que se encontram em situação de vulnerabilidade econômica e social.

Entretanto, seguindo a necessidade de uma avaliação justa e equitativa desse direito fundamental, algumas controvérsias podem surgir na análise fática do tema. É o que se pode observar a seguir:

A gratuidade de justiça não abrange o valor devido em condenação por litigância de má-fé. (Súmula nº 101 do TJRJ)

A revogação da assistência judiciária gratuita não é sanção prevista ao litigante de má-fé, sujeito às hipóteses e penalidades dos art. 80 e art. 81 do Código de Processo Civil – CPC. (REsp 1663193/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 23/02/2018)

No caso da súmula do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, aquele direito fundamental não é tutelado quando a parte utiliza de má-fé nos atos processuais que pratica. Ressalta-se que, neste caso há necessidade de condenação pela ato viciado, ou seja, há decisão judicial reconhecendo o fato e a restrição é feita apenas em relação à condenação em pecúnia pela má-fé, sem revogação do benefício.

Já o Superior Tribunal de Justiça estabelece que o magistrado não pode remover a assistência gratuita pela litigância de má-fé, pois não há previsão legal para isso. Uma possibilidade de repúdio ao ato antijurídico das partes é o que se vê na súmula do TJRJ.

Se a gratuidade de justiça fosse totalmente revogável de maneira sancionatória ao litigante de má-fé, ainda que esta fosse reconhecida, o acesso à justiça estaria comprometido sobremaneira, já que todos os atos processuais posteriores demandariam da parte anteriormente beneficiada pelo instituto um alto custo para manutenção do processo.

Percebe-se que os parâmetros estabelecidos por Dworkin conservam a legalidade incólume, mas também estabelecem uma linha de pensamento que resguarda o direito fundamental.

Atrele-se o conceito anterior à análise de demandas envolvendo impasses predominantemente políticos. Mais ainda se dá a necessidade da avaliação lúcida dos fatos. Um dos casos mais relevantes que usou os postulados de Dworkin foi a ADI 6341, processo em que era questionada a constitucionalidade de dispositivos da Lei Federal nº 13.979/2020, aferindo eventual competência para estados e municípios também legisla-rem e adotarem medidas preventivas sobre matéria de saúde.

Foram aplicados sim os princípios constitucionais da distribuição de competências, freios e contrapesos, mas o que mais se destaca na decisão é que o contexto social que demandou uma análise complexa pelo Poder Judiciário acerca da realidade imposta pela pandemia do Covid-19. Mais uma vez Dworkin acertava em apontar que a aplicação da legislação deveria observar a comunidade na qual estava inserida para, assim, o devido processo legal não ser apenas princípio, mas materialização de justiça. Alguns trechos da decisão merecem destaque:

(...) As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. (...)

Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. (ADI 6341 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020)

3.2.2 A necessidade de fundamentação

Outro ponto que levanta uma relevante discussão é a necessidade de fundamentação das decisões judiciais com previsão no art. 93, IX da CRFB/88. Toma-se como exemplo a seguinte decisão do STF:

O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. [AI 791.292 QO-RG, rel. min. Gilmar Mendes, j. 23-6-2010, P, DJE de 13-8-2010, Tema 339.]

A ementa apresenta o ponto de partida para a técnica decisória. Ao contrário do que se entende no senso comum, as decisões não devem rigorosamente aprofundar cada mínimo detalhe da argumentação, mas sim, de forma geral e técnica, captar a essência da alegação dizendo-lhe o direito.

Os fundamentos não podem ser vagos, rasos e indefinidos. Tanto que o próprio Código de Processo Civil prevê o recurso denominado Embargos de Declaração para combater pronunciamentos obscuros, contraditórios, omissos ou com erro material.

Por outro lado, não se pode esquecer que a visão pós-positivista fez com que o Direito deixasse de ser uma ciência desconectada das demais, como postulava Hans Kelsen, mas sim uma ciência agregadora, multidisciplinar, incluindo a importância dos princípios, a aplicação do Direito de forma ética e adequada ao fato social. Essa influência toca o Judiciário e traz ao processo uma finalidade adequada e justa da prestação jurisdicional e não apenas uma aplicação lógica da lei.

3.3 O uso indevido dos processos

Algumas decisões caminham no sentido contrário do argumento apresentado. Em que pese apresentem fundamentação jurídica, esta não reflete a realidade. No Inquérito 4781 de Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o STF manteve a prisão em flagrante de um deputado federal pela prática de crime inafiançável. O parlamentar divulgou em uma rede social um vídeo com ácidas críticas à Suprema Corte e aos ministros, além de posicionamentos contrários ao sistema democrático brasileiro. A fala em muitos momentos soava ameaçadora e, no mínimo, ofendeu a honra dos magistrados. Da decisão se extrai:

A Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, art. 5º, XLIV; 34, III e IV), nem tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando ao rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – Separação de Poderes (CF, art. 60, §4º), com a consequente, instalação do arbítrio. (...) (Inq 4781 Ref, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2021, Acórdão Eletrônico DJe-092 DIVULG 13-05-2021 PUBLIC 14-05-2021)

Retome-se o pensamento de Dworkin a respeito de se verificar os princípios da justiça, equidade e devido processo legal. É possível vasculhar toda a decisão e não encontrar a lei anterior que defina o crime e a prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX da CRFB/88). O mencionado art. 5º, XLIV da Constituição indica como inafiançável a “ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”. O caso concreto não evidenciou existência de grupo armado, seja ele civil ou militar contra o Estado Democrático. Em que se fundou a decisão? Vigente à época, a Lei de Segurança Nacional em seu art. 17⁷ menciona a grave ameaça para tentar modificar o Estado de Direito. Se este fosse o fundamento, justiça, equidade e devido processo legal estariam parcialmente satisfeitos, ainda que muitos sejam os questionamentos ao caso.

O que se percebe, na verdade, é uma utilização questionável do processo por parte do Judiciário, gerando insegurança jurídica gritante evidenciada nua decisão que sequer apresenta o dispositivo legal que define o eventual crime cometido.

Pensando em amarrar a dinâmica processual à Constituição, Marinoni (2008, p. 457) destaca que, processualmente, não há como aplicar a lei numa dimensão meramente textualista, mas é necessário observar os direitos fundamentais como parâmetros no caso concreto. Por isso, encontrar o equilíbrio se revelou ser o ponto mais delicado da pesquisa, ou seja, administrar a característica política de algumas decisões sem que este seja a sua razão principal.

7 Art. 17 - Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos.

3.4 Função constitucional do processo

A partir dessa discussão, Marinoni (2008, p. 544-546) estabeleceu alguns critérios para um processo constitucionalmente funcional e moral. Seja qual for a causa, mas tratando especificamente daquelas prioritariamente políticas, é necessário observar a participação das partes na formação da decisão, o procedimento deve ser adequado à tutela do direito material e todo os atos processuais devem respeitar os direitos constitucionais respectivos, que, em última análise, protegem a sociedade de maneira indeterminada contra excessos do poder público.

A pesquisa constatou que Dworkin promoveu reflexões indispensáveis à concretização do postulado de Marinoni. Uma delas é a seguinte: “uma decisão política provoca injustiça, por mais equitativos que sejam os procedimentos que a produziram, quando nega às pessoas algum recurso, liberdade ou oportunidade que as melhores teorias sobre a justiça lhes dão o direito de ter.” (DWORKIN, Ronald. 1999, p. 218).

À luz da hermenêutica jurídica, seria possível afirmar que, opondo-se ao filósofo, as decisões políticas, apesar de questionáveis, não geram, muitas das vezes, prejuízos às partes, mas sim benefícios sociais, inclusive. No caso do Inquérito 4718 mencionado, o deputado federal foi preso e sua conduta, claramente criminosa, mas com outra capitulação, foi cerceada e o infrator em processo de punição. Percebe-se que o desejo social foi atendido utilizando manobra judicial indefinida.

Contudo, se para atingir um fim almejado na petição inicial e no anseio da sociedade, o Judiciário utiliza da máquina processual para conduzir politicamente a administração pública ou para atender aos anseios do povo, contrariando até mesmo posicionamentos sólidos da doutrina processualista acerca da teoria da decisão judicial, está posto um mau uso do processo a justificar bons efeitos.

Deve ser sempre considerada o fundamento de que o processo é meio, é conjunto de etapas, que tem seus contornos definidos pelo legislador para que se alcance o resultado mais justo possível com um desenrolar equidistante das partes. Não há então espaço para conduções ideológicas ou com o objetivo de atender a interesses quaisquer. O Ministro do STF, Marco Aurélio já se posicionou neste mesmo sentido:

O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar

no todo o conflito de interesses, simplesmente decidi-lo, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. (RE 435.256, rel. min. Marco Aurélio, j. 26-5-2009, 1ª T, DJE de 21-8-2009.)

O próprio Dworkin então aponta caminho ao criticar a linha convencionalista. Assim afirma: “o juiz deve decidir de um modo que envolva o mínimo possível suas convicções políticas ou morais, e atribua a máxima deferência possível para com instituições convencionalmente habilitadas a criar o direito.” (1999, p. 147). O autor indica, nas entrelinhas, que não há separação plena entre uma fundamentação jurídica e a concepção ideológica e política do julgador, ou seja, pelo fato de a decisão ser jurídica é também política, com a separação total sendo apenas um ideal doutrinário (GRAU, Eros Roberto. 2003, p. 51). Curiosamente, Eros Grau apresentou posicionamento distinto alguns anos depois em importante decisão no STF:

A neutralidade impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo – quando o exijam a Constituição e a lei – mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. **Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes.** Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe. (HC 95.009, rel. min. Eros Grau, j. 6-11-2008, P, DJE de 19-12-2008, grifei.)

Além disso, Para Luiz Guilherme Marinoni, a função constitucional do processo é muito mais do que garantir um procedimento adequado e imparcial, ainda que essas sejam seus postulados mais famosos. Respeitar os contornos da Constituição é também garantir o direito fundamental de ter uma demanda analisada de forma justa. A partir deste fundamento pode-se incluir a inafastabilidade da jurisdição, juiz natural, devido processo legal, celeridade processual, imparcialidade e legalidade, todos compoendo a justiça, foco principal do processo, como construiu o autor.

Ora, se Dworkin, critica severamente as decisões políticas – e a sociedade atual faz o mesmo, ainda que pelo sendo comum –, num cenário de política judicializada, é possível haver menos decisões políticas?

O primeiro ponto é retornar o conceito de decisão política. Como já afirmado, Maria Tonelli aponta que essas são as decisões tomadas no Judiciário que deveriam surgir do Legislativo e Executivo. Mas não se pode deixar se lembrar que, se atendidos os requisitos formais e materiais, não pode o Judiciário se furtar de analisar uma demanda, já que a Constituição estabelece que a jurisdição é inafastável.

O segundo ponto corrobora com o pensamento do ex-ministro Eros Grau já citado. Uma imparcialidade plena é ideal legislativo e doutrinário. Na prática, ainda que em mínima proporção, há presença de vontade do julgador, fato plenamente compreensível pois no Brasil adota-se o livre convencimento motivado. Explica-se: ao julgar uma causa, o magistrado é livre para se convencer de qualquer dos argumentos apresentados nos autos desde que motive juridicamente e tecnicamente sua decisão. Já é superada a ideia de um juiz com plenitude de isenção, mas é alguém que proporciona a justa composição da lide.

Com isso se chega ao terceiro ponto. Nem toda decisão que julga uma demanda política é uma decisão política. Tomam-se como exemplos os conflitos federativos. Ao interpretar o art. 102, I, “f” da CRFB/88, o STF entendeu que não é competência da Corte julgar conflito de competência entre seccionais da OAB por compreender que não é causa que abala os princípios do pacto federativo.

Ora, o Supremo traçou evidente limite entre o que deveria ser analisado com intervenção do Judiciário e o que merecia deliberação saudável extrajudicial. Depreende-se que, uma cultura de judicialização reiterada e prematura, pode levar a decisões políticas, algo que Dworkin combateu de maneira contundente. Perceba que não há nessa judicialização propósito de garantir direito fundamental, mas prova de que a cultura demandista permanece.

O quarto ponto é talvez o menos convidativo. Constatada uma decisão política no contexto de política judicializada, a mesma deve ser combatida pela via correta. Isso significa discutir o procedimento e o mérito usando todas as ferramentas legais disponíveis. Esta é a essência proposta por Marinoni para um processo que atende aos ditames constitucionais e Dworkin aponta na mesma direção.

Não há virtude em perverter um processo que evidenciou vícios para, utilizando a mesma tendência, reformá-lo. É preciso deixar de lado convicções pessoais e utilizar argumentação e a boa técnica jurídica a fim de alcançar os objetivos pretendidos.

Lênio Streck trouxe ainda contribuição fundamental que deve ser observada por todos: integridade e coerência a partir dos ensinamentos de Dworkin. Segundo Streck (2018, p. 162), a integridade seria a necessidade de o julgador aplicar o legislado, por mais que não agradasse de sua determinação nem da interpretação dela originada. E a coerência seria a igualdade de apreciação dos casos análogos, rompendo assim a margem para preferências ideológicas do julgador ou mesmo da Corte.

Logo, por mais que a via correta demande tempo e tenha uma força mais gradativa, o jogo democrático precisa respeitar regras e princípios. E neste caminho, não há dúvidas de que o Poder Judiciário necessita respeitar fielmente o princípio da legalidade e a fundamentação das decisões sem deixar de lado a busca pela tutela jurisdicional justa e equitativa.

Ademais, as partes devem ter a consciência de que os atos processuais demandam boa utilização, haja vista as previsões legais de multa aos que atuam de maneira temerária no processo, a denominada litigância de má-fé. Até mesmo os recursos meramente protelatórios são combatíveis e identificáveis. Coerência e integridade afetam tanto o julgador quanto quem dele reclama atuação legal, imparcial e justa.

4. CONCLUSÕES

O que se pode concluir ao fim da pesquisa é que, para um processo ser legítimo e atender aos objetivos constitucionais, ou seja, uma entrega justa da jurisdição, é necessária atuação dos magistrados com o máximo de afastamento de visões pessoais, ainda que esta plenitude não seja possível.

Como a política tem sido muito judicializada, a imparcialidade se torna mais desafiadora, visto que há uma linha tênue entre o que é uma análise política do ponto de vista processual e do ponto de vista pessoal. Não se pode esquecer que se trata de uma ponderação subjetiva, ainda que fundamentada.

Os pressupostos teóricos de Dworkin trazendo luz à tese de Luiz Guilherme Marinoni fixam o tratamento do processo como instrumento e também como forma de garantir direitos fundamentais na tutela jurisdicional.

A jurisprudência, tanto dos tribunais estaduais como das cortes superiores, já vêm demonstrando que as propostas aqui analisadas fazem parte do dia a dia forense, evidenciando os princípios estudados na maioria das decisões.

Certamente há casos que destoam do esperado. Geralmente são processos com repercussão política diferenciada, a depender também das partes envolvidas e lides que contam com uma pressão social forte por um determinado resultado. Como no caso do deputado examinado neste trabalho, justiça e equidade foram relativizadas e conseqüentemente pôde ser observada uma evidente decisão política.

Entretanto, para assegurar que o Judiciário se mantém independente e resistente às provocações frequentemente realizadas, cabe a este Poder uma atividade que, acima de tudo zela pelos princípios inegociáveis da Constituição e pela atuação imparcial.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil vol.1:Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional*. In *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*.

DIDIER, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord). Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553600113. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600113/>. Acesso em: 08/07/2021.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. *Judicialização da Política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016.

A DENÚNCIA UNILATERAL DE TRATADO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO JOAQUIM BARBOSA NA ADI N.º 1.625

RASGA, Mariana de Freitas¹

SILVA, Arthur Lannes²

- 1 Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida (UVA). 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

RESUMO

A pesquisa tem o intuito de perscrutar, sob o ponto de vista do Ministro Joaquim Barbosa, a problemática da denúncia unilateral pelo Presidente da República na ADI n.º 1625, ainda em julgamento pelo STF. Esse tema se consagra essencial uma vez que inexistia dispositivo que elucidasse o procedimento a ser adotado para a realização de uma denúncia unilateral a tratados internacionais. Para o ministro Joaquim Barbosa, a função fiscalizatória do Poder Legislativo ao Poder Executivo se mostra incisiva no processo de denúncia unilateral, principalmente quando a temática se refere aos direitos humanos. Em virtude desses elementos, foi fundamental uma pesquisa qualitativa de caráter exploratório, desenvolvida por meio de análise bibliográfica e documental. Em consequência seria inaceitável, do ponto de vista jurídico nacional, que a denúncia fosse feita sem o aval do Congresso Nacional.

Palavras-chave: ADI 1.625; Convenção n.º 158 da OIT; Denúncia unilateral; Direitos Humanos; Ministro Joaquim Barbosa.

1. INTRODUÇÃO

A possibilidade da realização de denúncia unilateral de tratados internacionais por parte exclusiva do chefe do Poder Executivo é uma grande incógnita no direito brasileiro. A razão se encontra na indeterminação constitucional sobre o procedimento de denúncia, o que leva a necessidade da exegese do art. 49, I, da Constituição Federal de 1988 sobre a competência para a proposição do instituto da denúncia. Nesse sentido, uma das correntes principais se filia na obrigatoriedade da manifestação parlamentar para a completude da denúncia uma vez que o Poder Legislativo tem o condão de aprovar a internalização de um tratado internacional, portanto, também teria para extingui-lo. Em contrapartida, outra vertente se mostra favorável a exclusividade do Presidente da República de denunciar um tratado haja vista sua inerente representação nas relações exteriores.

A problemática é intensificada quando o tratado internacional versa sobre direitos humanos. Portando esta natureza, a Convenção n.º 158 da OIT foi alvejada na denúncia unilateral publicada pelo Decreto n.º 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que extinguiu sua eficácia no direito interno. Por conseguinte, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) em conjunto da Central Única dos Trabalhadores (CUT) questionou por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.625 a compatibilidade da referida denúncia com o atual ordenamento constitucional, porquanto a ausência de participação parlamentar no ato de denúncia.

Acerca da situação atual dos votos dos ministros do STF sobre a ADI n.º 1625, denota-se a predileção pela inconstitucionalidade do Decreto n.º 2.100/96. Até o presente momento, apenas seis ministros se manifestaram em voto-vista.

Nesse seguimento, entre os que se mostraram favoráveis a inconstitucionalidade da denúncia, o falecido ministro-Relator Maurício Corrêa acompanhado do ministro Ayres Britto votou como parcialmente procedente a referida ADI. Não obstante, o ministro Joaquim Barbosa, entende como integralmente procedente a ação, destacando que o tratado internacional em pauta possui conteúdo de direitos humanos e, portanto, maior proteção. Com mesmo entendimento, a ministra Rosa Weber acompanhou o ministro Joaquim Barbosa.

Por outro lado, o ministro Nelson Jobim coaduna com a denúncia unilateral sendo um ato exclusivo do Chefe de Estado, julgando improcedente a ADI n.º 1625. No entendimento do ministro Teori Zavascki, apesar de não identificar compatibilidade entre a denúncia e o atual ordenamento jurídico, é favorável à denúncia em questão porquanto a conduta histórica de denúncia unilateral sem participação do Poder Legislativo, considerando a ADI n.º 1.625 como prospectiva para futuras decisões.

Entendemos que a perspectiva do ministro Joaquim Barbosa é elucidativa quanto ao panorama da temática, sendo seu voto-vista o elemento norteador para o presente estudo. Sendo assim, a primeira parte trata de forma breve sobre os tratados internacionais e o instituto da denúncia unilateral. Em seguida, é analisada a incipiência da problemática da denúncia unilateral pelo Presidente no parecer do jurista Clóvis Beviláqua, assim como a visão atual de Pedro Sloboda. Em contraposição, foram analisados o papel do Poder Legislativo e o Direito Comparado com a ótica contemporânea sobre a participação parlamentar no procedimento da denúncia. Por fim, foi posto em relevo a proteção que se confere aos tratados internacionais no direito interno, precipuamente os que versem sobre direitos humanos.

Com o desiderato de perquirir o debate da denúncia unilateral de tratados internacionais por parte exclusiva do Presidente da República, a pesquisa foi desenvolvida com abordagem qualitativa. Além disso, o método exploratório foi utilizado para delinear a temática, sendo essencial a pesquisa bibliográfica e documental, além da legislação nacional e legislação internacional sobre o tema e, não obstante, os documentos pertinentes à ADI n.º 1.625 no âmbito do STF, especialmente, o voto-vista do ministro Joaquim Barbosa que guia o estudo como objeto principal.

2. Tratados Internacionais e o instituto da Denúncia

Os Tratados Internacionais são aqueles acordados entre sujeitos do Direito Internacional Público com competência para tal. Nesse sentido, são aqueles que se adequam a um desses elementos: soberania, a delegação de competência pelos Estados ou reconhecimento internacional.

Nessa acepção, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 inserida no ordenamento interno pelo Decreto n.º 7.030 de 14 de dezembro de 2009 é a norma que rege as diretrizes e determinações sobre os Tratados Internacionais. Configurando a definição dos Tratados Internacionais, referido documento, em seu art. 2º, I, “a”.

O *iter* de internalização de um tratado é orientado por modelos formulados pela doutrina. Distintamente do recente modelo de aplicabilidade imediata adotado na União Europeia, em que o tratado é vinculado a ordem jurídica interna dispensando medidas para ratificação e publicação, o modelo utilizado no Brasil é o tradicional. Nesse modelo, segundo PORTELA (2017, pp. 123-124), a incorporação do ato internacional

“depende de um processo que envolve a aprovação do tratado no Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, a ratificação do ato internacional pela Presidência e a entrada em vigor do tratado no âmbito internacional e culmina na promulgação, ato de competência do Presidente da República, formalizado por meio de decreto que ordena a execução do tratado no âmbito nacional e determina sua publicação no Diário Oficial da União, conferindo ao ato internacional força obrigatória dentro do território nacional.”

Nesse raciocínio, a Constituição Federal, demonstra a harmonia que se deve ao Poder Legislativo e Executivo para a inserção de um tratado internacional no direito interno. O art. 84, VIII, diz que é da competência privada do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”. Outrossim, em consonância ao art. 49, I, que informa da competência exclusiva do Congresso Nacional de “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, resta evidente a importância do freio parlamentar para a efetivação desses atos internacionais. Desse modo, a participação do Poder Legislativo é fruto da evolução do Direito no âmbito da limitação dos poderes do Estado, de forma a manter um controle democrático da vontade do Chefe do Poder Executivo. (PORTELA, 2017, p. 124).

Ademais, quando o tratado internacional versa sobre matéria de Direitos Humanos, a aprovação é realizada sob configuração do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988. Por essa disposição gerada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, esses atos internacionais que passarem “em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (BRASIL, 1988)

Para a exclusão de um tratado internacional, é necessário que haja a decretação de uma denúncia, um ato unilateral definido como forma de extinção de tratados ratificados e promulgados. A problemática

incide, contudo, na ausência de dispositivo na Constituição Federal que elucide o procedimento e competência para que tal instituto seja utilizado com rigor constitucional. Nessa seara, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 diz em seu art. 54, “a” e “b” a regra geral para a denúncia ou retirada de um tratado internacional.

“A extinção de um tratado ou a retirada de uma das partes pode ter lugar:

- a) de conformidade com as disposições do tratado; ou
- b) a qualquer momento, pelo consentimento de todas as partes, após consulta com os outros Estados contratantes.”

Levando em conta a proteção dos tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos, a denúncia unilateral é ainda mais nebulosa. Esse véu de complexidade se destaca no momento em que há tratados internacionais sobre direitos humanos que não seguiram o rito do art. 5^a, § 3^o, havendo omissão da Constituição também sobre esses tratados, cabendo à jurisprudência a resolução do assunto. Assim, é no campo da denúncia unilateral de tratados sobre direitos humanos que a ADI n.º 1.625 busca legitimar a essencialidade da aprovação parlamentar com base na participação do Congresso Nacional na internalização desses tratados no âmbito interno.

3. Fatores históricos da denúncia unilateral

O voto-vista do ex-ministro Joaquim Barbosa na ADI n.º 1625 em face do Decreto 2.100/96 que extinguiu a Convenção n.º 158 da OIT remonta o histórico da utilização do instituto em âmbito nacional. Nesse raciocínio, Barbosa (2009, pp. 3-4), arrazoa:

“Como é de conhecimento geral, nenhuma de nossas Constituições tratou explicitamente do tema relativo à denúncia de tratados internacionais. Em verdade, as Constituições brasileiras costumam dedicar poucos dispositivos àquilo que foi originalmente chamado por Mirkin-Guetzevitch como sendo o Direito Constitucional Internacional. Essa omissão, no entanto, não impediu que os poderes constituídos desenvolvessem uma prática acerca do tema.”

Para Barbosa, o marco inicial da problemática advém do parecer jurídico do então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores

(Itamaraty), Clóvis Beviláqua, que, em 1926, discorreu sobre a legitimidade de o Presidente Artur Bernardes denunciar de forma unilateral o Pacto da Liga das Nações. Nesse seguimento, para Beviláqua (1926, p. 347), a aprovação do Congresso Nacional é dispensável tendo em vista que, havendo cláusula expressa de possibilidade de denúncia no referido tratado, assim como o consentimento de ratificação do Poder Legislativo para com ele, o ato de extinção pelo Chefe do Executivo seria um “ato meramente administrativo”.

Acerca do Presidente da República, Beviláqua elucidava que

“ele exerce essa função representativa, pondo-se em comunicação com os Estados estrangeiros; celebrando tratados, ajustes e convenções; nomeando os membros do corpo diplomático e consular; declarando a guerra diretamente, por si, nos casos de invasão ou agressão estrangeira; enfim dirigindo a vida internacional do país) com a colaboração do Congresso, nos casos em que a Constituição a preceitua. Essa colaboração, porém, é excepcional; somente se faz indispensável nos casos prescritos; quando a Constituição guarda silêncio, deve entender-se que a atribuição do Poder Executivo, no que se refere às relações internacionais, é privativa dele.” (1926, p. 350)

Remontando o parecer de Clóvis Beviláqua para o momento atual, Pedro Sloboda, diz que o Chefe do Poder Executivo tem competência para realizar denúncias sem aval do Congresso Nacional, visto que “o Presidente da República não está obrigado a ratificar um tratado após sua aprovação parlamentar, não está igualmente obrigado a manter o Brasil no tratado indefinidamente” (SLOBODA, 2016, p. 5). Dessa forma, o autor entende que, caso o Congresso Nacional, no momento de ratificação, não faça nenhuma ressalva, estará dando tacitamente a permissão para a denúncia por parte do Presidente da República.

Seguidamente, o ministro Joaquim Barbosa alude o papel do Congresso Nacional na histórica constitucional brasileira como “muito além de uma postura passiva de aprovação ou desaprovação de tratados” (BARBOSA, 2009, p. 8). Nesse diapasão, o Legislativo também teria o condão de estabelecer ressalvas a tratados quando fossem ratificados. A exemplo disso, o Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Coréia que foi aprovado pelo Congresso Nacional contendo uma ressalva a um de seus dispositivos através do Decreto Legislativo n.º 263, de 28 de dezembro de 2000.

Essa capacidade do Congresso Nacional sobre a ratificação dos tratados internacionais é derivada do *treaty-making power* advinda da Constituição dos Estados Unidos. Distintamente da constituição norte-americana em que há uma relação de aconselhamento e consentimento, há no Brasil, desde a Constituição de 1891, o comando de “resolver definitivamente” sobre tratados internacionais. Dessa forma, Barbosa abre a indagação acerca do *treaty-terminating power*, ou seja, se haveria a mesma perspectiva no momento de extinção do tratado internacional.

4. O Papel do Parlamento nas Relações Exteriores e na Denúncia

Em relação a períodos anteriores a Constituição Federal de 1988, Barbosa (2009, p. 10) reconhece o fortalecimento da atuação parlamentar em variados campos, exemplificando a investigação de fatos e o poder de fiscalizar a atuação de órgãos estatais. Por conseguinte, seria contrário a essa evolução constitucional retirar do Poder Legislativo relevância no que concerne ao instituto da denúncia unilateral. Desse modo, além de autoritário, reprimiria a essencial voz das minorias na processualística dos tratados internacionais representada por um parlamento presente.

Ademais, pelo art. 4º da Constituição Federal de 1988, é evidente a importância que se deve aos tratados internacionais porquanto os princípios a respeito deles. Com isso, Barbosa (2009, p.11) diz que “o impacto do art. 4º na alteração da condução da política externa brasileira parece não ter sido percebido com toda a intensidade pelo Legislativo e pelo próprio Poder Judiciário”. Com efeito, o Legislativo e o Executivo teriam o dever de preservar esses princípios.

Dessarte, para Barbosa (2009, p. 25), a intervenção parlamentar nos casos de denúncia unilateral não se apoiaria no dever de fiscalização e controle estatal, mas num “ato de vontade concordante ao conteúdo disposto em um tratado internacional”. A partir disso, é possível observar três consequências.

A primeira é a verificação do requisito de internalização do tratado internacional no Direito Interno através da ratificação que passa pelo crivo do Poder Legislativo. Nesse sentido, seria lógica a atuação do Congresso Nacional também na exclusão do tratado internacional. Nas palavras de Barbosa (2009, p. 26):

“Se é da própria natureza do tratado, do ponto de vista do direito interno, que o parlamento atue na sua constituição, parece óbvio

que o parlamento também precise atuar na desconstituição do tratado. Um tratado, do ponto de vista do direito interno, somente obriga (ou desobriga) com a intervenção parlamentar. Pensar de modo contrário significa desvirtuara existência do tratado internacional em uma república democrática que atribui a órgãos e poderes competências específicas.”

A segunda consequência diz respeito ao ato de ratificação substanciado pelo Congresso Nacional que, carregado de relevante teor para a vida social, não pode ser diminuído a um ato meramente protocolar. A denúncia unilateral sem aval do Poder Legislativo, com efeito, traz a ideia de que o tratado internacional possa ser excluído do universo jurídico de maneira indiferente ao seu conteúdo de política convencional. De fato, se em sua ratificação a aprovação parlamentar foi substancial visto a relevância social e política do ato internacional, também o seria em sua denúncia de forma indelegável. Sobre isso, Barbosa (2009, p. 27) critica a tese de Clóvis Beviláqua.

“A tese de Bevilaqua é inconsistente porque sugere uma delegação feita pelo Legislativo ao Executivo, delegação essa não específica, sem prazo certo e sem condição, coisa impossível de acontecer no direito brasileiro. O fato de o parlamento ter aprovado um tratado com cláusula de denúncia não significa, de modo algum, delegação. A cláusula de denúncia tem o escopo apenas de estabelecer o direito ao Estado de denunciar no direito internacional; não tem nada a ver com distribuição interna de competências entre poderes internos.”

A terceira consequência é o reconhecimento de que, verificada a vontade autônoma de cada Poder na inserção do tratado internacional no ordenamento jurídico, também seria necessária essa autonomia no campo da sua denúncia. O tratado internacional ratificado é, nas palavras de Barbosa (2009, p. 28) “expressão da vontade atual e efetiva dos órgãos envolvidos no seu surgimento, no caso do Brasil, tanto o Executivo como o Legislativo”. Dessa forma, a atualidade de suas vontades autônomas deve também estar presente na denúncia do tratado internacional de maneira harmônica em relação a suas prerrogativas.

Barbosa (2009) correlaciona a impossibilidade de retirar o Poder Legislativo do escopo da denúncia unilateral com jurisprudências da própria Corte Maior. Nesse seguimento, menciona o julgamento do RE 80.004 que trouxe aos tratados internacionais o *status* hierárquico de lei

ordinária. Em vista disso, a exclusão de um tratado do ordenamento jurídico brasileiro exigiria um ato de mesma hierarquia ou superior, o que inviabilizaria a denúncia unilateral pelo Presidente da República.

Guardando forte relação com a Convenção n.º 158 e, portanto, com a ADI n.º 1.625 em discussão, a ADI n.º 1.480 de relatoria do Ministro Celso de Mello foi direcionada a referida convenção pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em oposição a sua compatibilidade com a Constituição Federal. Apesar de a votação majoritária ter convergido na tese de que as disposições da Convenção deveriam ser clarificadas por leis complementares, ou seja, não tendo natureza autoaplicável, a ADI foi extinguida porquanto o Decreto 2.100/96, que denunciou a Convenção n.º 158. Assim, Barbosa (2009, p. 25) aponta para a ementa do ministro Celso de Mello na ADI em comentário, em que foi verificada a origem da ratificação de um tratado internacional pela conjugação de vontades homogêneas, quais sejam a do Presidente da República através do art. 84, VIII, da Carta Magna e do Congresso Nacional pelo art. 49, I, da mesma lei. Dessa forma, reforça sua tese da fundamental participação do Poder Legislativo no que tange ao processo dos tratados internacionais.

5. Direito Comparado

No que tange ao direito estrangeiro, Barbosa (2009, pp. 14-15) demonstra que diversos Estados europeus trataram, em suas constituições, da participação parlamentar para a efetivação da denúncia. A Constituição dinamarquesa de 1915 ineditamente tratou do Poder Legislativo na matéria da denúncia unilateral, preservando a regra até a atual de 1953. A mesma tradição pode ser vista na Constituição Holandesa e Espanhola. No Leste Europeu, é possível exemplificar a Constituição da Rússia, que expressa a relevância da Duma Federal para a exclusão do tratado internacional, a Constituição do Azerbaijão e da Estônia.

Na América do Sul, Barbosa (2009, p. 15) expõe a mesma tendência denotando os textos constitucionais do Peru e do Chile. Em especial, cita as Constituições da Argentina e do Paraguai, que abordam a temática da denúncia unilateral de tratados internacionais sobre Direitos Humanos com a essencialidade da atuação parlamentar.

Demonstrando intrincado cuidado para com a matéria, aquela, em seu artigo 75, inciso 22, há a constatação da hierarquia superior dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos para o procedimento de denúncia.

Nesse panorama, em seu voto-vista, o Ministro buscou direcionar um escopo maior na situação dos Estados Unidos que, ainda que não admita expressamente a participação do Poder Legislativo na seara da denúncia unilateral pelo seu histórico, caminha para essa possibilidade. A princípio, quando foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos de 1787, o Senado exercia função primordial na denúncia dos tratados internacionais. Após a Segunda Guerra Mundial, porém, foi alterada a competência de denúncia para o Poder Executivo, repercutindo na contestação a denúncia do Presidente Jimmy Carter em 1979.

A pauta da denúncia unilateral foi a exclusão do Tratado de Defesa Mútua entre Estados Unidos e Taiwan. Em decorrência disso, a oposição do governo de Jimmy Carter sob representação do Senador Barry Goldwater impugnou a constitucionalidade do ato visto a ausência da autorização parlamentar para tal. Os congressistas tinham fundamento na alteração da força vinculante dos tratados internacionais aos Estados Unidos, retirando o papel constitucional deles na denúncia unilateral. Apesar disso, a Suprema Corte Americana considerou a questão um assunto político a ser solucionado entre o Poder Executivo e o Legislativo, não adentrando no mérito da contestação.

Outrossim, a mesma decisão foi repetida na ação judicial feita em face da Justiça Federal Americana quando se opôs a denúncia unilateral feita pelo Presidente George Bush ao Tratado de Mísseis Anti-balísticos com a Rússia. Nesse sentido, é verificável semelhante nebulosidade com a Constituição Federal de 1988 do Brasil, restando indeterminado até o momento a possibilidade de intervenção do Poder Legislativo no que diz respeito as denúncias unilaterais de tratados internacionais. Apesar disso, a similitude é verdade também na atuação cada vez mais acentuada do Congresso nas relações exteriores, o que pode resultar em uma modificação histórica nessa temática.

A respeito dessas constituições, o ministro Joaquim Barbosa tece crítica ao voto do ministro Nelson Jobim. Em seu argumento, Jobim diz que o silêncio do texto constitucional sobre a denúncia resulta na tácita prerrogativa do Poder Executivo de denunciar unilateralmente sem aval do Congresso Nacional. Por outro lado, não seria o caso na expressa formalização de dispositivo constitucional acerca dessa competência, de igual forma às constituições estrangeiras. Na visão de Barbosa (2009, p. 18):

“O voto do min. Jobim parte do pressuposto de que a denúncia unilateral de tratados é prerrogativa natural do Poder Executivo,

prerrogativa essa somente retirada por um texto constitucional expresso. Se é bem verdade que o Executivo mantém muitas competências em matéria de relações exteriores, tal dado não significa que isso deva persistir eternamente.”

No âmbito da atuação dos poderes Executivo e Legislativo na internalização e exclusão de tratados internacionais, Barbosa (2009, p. 20) ressalta o princípio da “co- participação parlamento-governo em matéria de tratado”. Em crescente no Direito Comparado, o princípio assinalado pela jurista italiana Giuliana Ziccardi Capaldo (1983, p. 87, apud BARBOSA, 2009, p. 20) estabelece o “caráter dividido de todo o *treaty power* e reconduz à unidade de disciplina de quaisquer atos decisórios em matéria de tratado”. Desse modo, assim como é necessária a participação essencial do Poder Executivo em conjunto do Poder Legislativo para que o tratado se vincule ao Direito Interno, sendo essa participação substancial ao tratado, qualquer ato que se propõe a retirá-lo do escopo jurídico interno se sujeitará ao crivo do Congresso Nacional.

6. Convenção n.º 158 da OIT e ADI n.º 1.625

Tendo o escopo de proteger os direitos dos trabalhadores contra dispensas arbitrárias, a Convenção n.º 158 da OIT foi criada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em 1982. Por conseguinte, tratou com diretrizes gerais da mesma disposição relativa ao art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, que diz:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.”

Nesse sentido, o art. 4º da Convenção n.º 158 é o que mais se destaca, pois define o resguardo do empregado quanto ao término da relação de trabalho, que não se dará a menos que haja causa justificada baseada em seu comportamento ou nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

A convenção foi aprovada através do Decreto Legislativo n.º 68 em 16 de setembro de 1992, em consonância ao art. 49, I, da Constituição

Federal. Sua ratificação ocorreu em 5 de janeiro de 1995, e seu Decreto de promulgação n.º 1.855 foi expedido em 11 de abril de 1996 (ALVARENGA, 2007, pp. 18-19).

Entretanto, em 20 de dezembro de 1996, através do Decreto n.º 2.100, o Presidente Fernando Henrique Cardoso extinguiu a aplicabilidade da Convenção n.º 158 no Brasil. Para isso, tornou pública a denúncia em carta endereçada à OIT, onde informou a retirada do Brasil ao tratado no dia 20 de novembro de 1997. Dessa forma, por ter feito a denúncia unilateral sem comunicação ao Congresso Nacional, houve a retomada do debate sobre essa possibilidade ou não.

Proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) em conjunto da Central Única dos Trabalhadores (CUT), a ADI n.º 1.625 questionou a denúncia supramencionada. Como argumentação principal, a impossibilidade de denunciar sem anuência do Poder Legislativo estaria consignada no artigo 49, I, da CF/88, em que a ele é direcionada a competência exclusiva de “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (BRASIL, 1998). Sendo assim, tendo em vista a complexidade do ato de internalização de tratado como a Convenção n.º 158, em que se exige a participação do Congresso Nacional em sua ratificação, de igual forma, a sua denúncia deveria ser submetida ao crivo do Poder Legislativo.

6.1 A proteção da Convenção n.º 158 no Direito Interno

Afora as demais argumentações sobre a impossibilidade de denúncia unilateral sem autorização parlamentar, Barbosa (2009, p. 32) ressalta duas ideias “(1) a forma com que o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção 158 da OIT, e, (2) o fato de a Convenção 158 da OIT versar sobre direitos humanos”.

Em primeiro lugar, é possível perceber a proteção da Convenção n.º 158 disposta no Decreto Legislativo n.º 68/1992 que aprovou a Convenção n.º 158 da OIT. Contendo apenas dois artigos, assim dispõe seu texto grifado por Barbosa (2009, apud, BRASIL, 1992):

“Art. 1º É aprovado o texto da Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre o término da Relação de Trabalho por iniciativa do empregador, adotada em Genebra, em 1982.

Parágrafo único. São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida convenção, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares.

Art. 2º Este decreto legislativo entra em vigor na data da sua publicação”

Na visão do ministro, o parágrafo único do primeiro artigo do Decreto deve ser visto de forma ampla. Nesse raciocínio, a disposição em questão serviria da mesma forma para evitar que o tratado fosse revogado unicamente pelo Poder Executivo. Para Barbosa (2009, p. 35) o referido parágrafo único “possui um sentido de preservar uma voz ao Parlamento em todos os casos em que o Estado brasileiro, por vontade própria, queira extinguir um tratado.”

No que tange à natureza da Convenção n.º 158, o ministro Joaquim Barbosa credits a ela caráter de tratado internacional sobre Direitos Humanos. Nesse diapasão, evoca os direitos sociais dos trabalhadores consagrado tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 quanto na nova abordagem da OIT sobre sua proteção, de forma que os eleva ao patamar dos Direitos Humanos. Sendo assim, com a inserção da Convenção n.º 158 no ordenamento jurídico interno, seu conteúdo se torna prevalente como dispõe o art. 4º, II, da CF/88.

Além disso, elucida a impossibilidade de obter hierarquia constitucional em sua inserção uma vez que foi inserida antes da Emenda Constitucional n.º 45/2004 que gerou o §3º ao art. 5º da CF/88. Ainda assim, ressalta que teriam *status* de supralegalidade, como decidido no RE 466.343/2008, que embora infraconstitucional, garante proteção contra atos administrativos sem autorização do Congresso Nacional. Sobre essa jurisprudência, Flávia Piovesan (2013, p. 134) dilucida:

“O julgado proferido em dezembro de 2008 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força catalisadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico e o advento do controle da convencionalidade das leis.”

Tendo isso em vista, possibilitar que o Presidente da República, por ato exclusivo, denuncie um tratado de direitos humanos trespassa o

ordenamento jurídico. Nesse sentido, “estar-se-ia permitindo que o Poder Executivo, por sua vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional” (BARBOSA, 2009, p. 38).

6.2 Procedência da ADI n.º 1625

Sobre a inconstitucionalidade do Decreto 2.100/96 que publicou a denúncia contra a Convenção n.º 158 da OIT, Barbosa entende que a ADI n.º 1.625 é procedente por completo.

Assim, divergiu do ex-ministro e Relator, Maurício Corrêa, que votou parcialmente procedente a ADI n.º 1.625. Em suas conclusões, julgou que o Decreto da denúncia estaria vinculado ao crivo parlamentar, dando interpretação conforme a ele. Para Barbosa (2009, p. 41-42), a inconstitucionalidade da denúncia resulta na retirada do Decreto n.º 2.100/96 que apenas torna pública o ato da denúncia, não cabendo interpretação conforme o art. 49, I, da Carta Magna. Por conseguinte, tornará o ato não obrigatório em âmbito nacional, embora o Decreto Legislativo n.º 68/1992 que inseriu a Convenção n.º 158 continuará em vigor.

Não obstante, não reconhece gradação na inconstitucionalidade do Decreto n.º 2.100/96, haja vista sua violação formal à constituição, não material. Assim, Barbosa (2009, p. 41) compara:

“Falar em gradação significaria que esta Corte, por exemplo, ao constatar que uma lei complementar não teve o quorum exigido pela Constituição poderia ser mantida válida, desde que retornasse ao legislativo para obter o quorum necessário”

Por fim, o ministro denota dois efeitos resultantes da inconstitucionalidade do Decreto 2.100/96.

O primeiro se relaciona com a permanência do decreto que aprovou a Convenção n.º 158 da OIT uma vez que é excluído o ato de publicação da denúncia. Desse modo, abre a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo promulgar novo decreto sob autorização do Congresso Nacional para que a denúncia produza efeitos internamente (BARBOSA, 2009, p. 42).

O segundo efeito é a possibilidade de o Presidente da República rratificar a Convenção n.º 158 da OIT. Sobre isso, Barbosa relembra a denúncia da Convenção n.º 81 da OIT que versa sobre Inspeção

do Trabalho na Indústria e no Comércio que, por meio do Decreto nº 95.461/1987, foi ratificada e inserida novamente no ordenamento jurídico (BARBOSA, 2009, pp. 42-43).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve o desiderato de pôr em relevo as constâncias do debate sobre a possibilidade ou não de denúncia unilateral pelo Presidente da República a tratados, sobretudo os de direitos humanos, sem o aval do Poder Legislativo. Mormente, a perspectiva do ministro Joaquim Barbosa na pauta da ADI n.º 1.625, julgamento que traz grande expectativa para a resolução dessa incógnita.

Nesse seguimento, a problemática suscita uma ampla gama de questões tendo em vista a longa prática quanto a indiferença a participação parlamentar nessa seara. Nesse seguimento, o ministro Joaquim Barbosa explicitou o reconhecido início do debate com o parecer de Clóvis Beviláqua enquanto Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores para com a denúncia de Artur Bernardes ao pacto da Liga das Nações. A esse respeito, a atual fiscalização e controle estatal que converge às atribuições do Congresso Nacional impede que a argumentação de que a denúncia unilateral seria um mero ato administrativo seja aplicada hodiernamente haja vista a relevância do Poder Legislativo no que concerne às relações exteriores.

Outrossim, foi ponderado que a participação parlamentar nos casos de denúncia é a abordagem que se destaca no Direito Comparado. Nesse raciocínio, o tratamento do instituto da denúncia como um meio de alteração dos tratados internacionais dependente da atuação do Poder Legislativo é reforçado nas constituições de diversos países europeus e da América do Sul. A relação de absentismo é reconhecida, contudo, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, onde o hábito de concentração de competência ao Poder Executivo para atos de denúncia é histórico e contínuo, carregando uma instabilidade perceptível no que diz respeito às relações exteriores.

Por fim, a proteção dos tratados internacionais no âmbito constitucional e jurisprudencial reforça a tese de que a denúncia sem aquiescência do Congresso Nacional não pode ser reconhecida. Nesse sentido, não apenas há a proteção constitucional contra os tratados internacionais de direitos humanos que passaram pelo crivo do art. 5º, § 3º da CRFB/88, como também a proteção aos que não passaram por ele, possuindo hierarquia de

supralegalidade. Essa configuração é a que se aplica à Convenção n.º 158 da OIT, uma vez que foi promulgada anteriormente à EC 45/2004. Sendo assim, os direitos sociais prevalecem no ordenamento jurídico, exigindo no mínimo a participação do Poder Legislativo para sua alteração.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/80598>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BARBOSA, Joaquim. *Voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI 1625*. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/adi1625JB.pdf>>. Acesso em 06 jul. 2021

BEVILAQUA, Clovis. *Denúncia de tratado e saída 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. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

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. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/17/3. Acesso em: 05 mar. 2021.

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.

A VIABILIDADE DA AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA AO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

RASGA, Mariana de Freitas¹

FARIAS, Everson Batista²

RIBEIRO, Yasmim Cristini dos Santos³

VALIM, Morgana Paiva⁴

- 1 Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida (UVA). 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 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
- 3 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
- 4 Pós-Doutora pela IPUR/UFRJ. Professora Auxiliar da Universidade Veiga de Almeida (UVA), da Faculdade Unyleya, e do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). E-mail: mp_valim@hotmail.com

RESUMO

O estudo analisa a possibilidade de ampliação do acesso à justiça no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, tendo em vista o panorama fático do continente americano, e a funcionabilidade dos demais sistemas regionais e seus desdobramentos. Para tal, a metodologia se apresenta por um viés dedutivo e uma abordagem qualitativa, observando que a problemática em questão se traduz por meio de uma análise dos meios de acesso aos diferentes sistemas, usando fontes bibliográficas e documentais. Ademais, foi possível notar a possibilidade de ampliar o acesso à justiça, desde que ocorra uma reforma sistemática, uma vez que apenas tratar do peticionamento direto significa manter a morosidade e a demanda processual ainda existente no SIPDH. Dessa forma, conclui-se que a ampliação ao modelo do SIPDH é passível de reformas promissoras, sendo essencial destacar os meandros entre a necessidade e a utopia, objetivando efetivar o acesso à justiça de forma positiva.

Palavras-chave: Sistema Interamericano de Promoção e Proteção aos Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Acesso à Justiça.

1. INTRODUÇÃO

Previsto no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (CADH), o acesso à justiça se traduz como mecanismo essencial *per se* na concretização da defesa e tutela jurisdicional dos direitos do homem, de modo que toda pessoa possui direito a ser ouvida, com garantias voltadas a um devido processo legal, num prazo razoável por um juízo competente, independente e imparcial. Isto é, como sintetiza Cappelletti (1988, p. 11), o acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental dos sistemas jurídicos modernos que pretendam garantir, e não apenas proclamar, os direitos tutelados.

Em âmbito internacional, na defesa dos direitos humanos, o acesso à justiça se traduz por meio dos sistemas regionais de proteção, tais quais: o europeu, africano e o interamericano. O sistema europeu, o mais consolidado dentre os demais, tem por órgão único a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que funciona como uma corte permanente – atrelando em um único órgão a função fiscalizadora e jurisdicional. Já o sistema interamericano, estruturado pela CADH, integra dois órgãos autônomos e independentes: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH); nesse parâmetro, enquanto a CIDH é o órgão fiscalizador, a Corte IDH atua de forma contenciosa. Por fim, o sistema africano, nascido na década de 1980 após a adoção da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, se divide em Comissão e Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; funcionando de forma similar ao sistema interamericano (MAZZUOLI, 2019, p. 130 *et seq.*).

Nesse aspecto, a presente pesquisa tem como objetivo geral averiguar a viabilidade da ampliação do acesso à justiça junto ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH), tecendo, em especial, relação com os demais sistemas regionais de defesa (europeu e africano). Ademais, a pesquisa possui como objetivo específico, tratar a universalização da assistência jurídica internacional, trazendo à baila potenciais mecanismos de otimização do SIPDH, como o direito de petição individual direto e a criação de uma corte permanente, características presentes no Sistema Europeu. Entretanto, a pesquisa se distancia de alternativas meramente utópicas e busca realizar uma leitura fática-estrutural da realidade que permeia o continente americano.

Dessa forma, as hipóteses arguidas não se concentram tão somente na modificação do SIPDH conforme os padrões institucionais da

CEDH, contudo, questiona se a viabilidade de determinada ampliação estaria condicionada a aspectos estruturantes que contextualizam a realidade social da América. Bem como, se as problemáticas envolvendo o atual sistema de peticionamento à Corte IDH, representam um retrocesso do acesso à justiça, haja vista, seu caráter de *ultima ratio*, e a consequente necessidade de celeridade e efetividade processual da justiça internacional na defesa dos direitos humanos.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada parte do método dedutivo e de uma abordagem qualitativa, uma vez que objetiva observar a possibilidade de ampliação do acesso à justiça por meio de uma análise geral e comparativa entre os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos. Ainda, a pesquisa utiliza de fontes bibliográficas e documentais, pondo em relevo estudos anteriormente já realizados. Quanto à aproximação epistemológica, a pesquisa se mostra como exploratória e interpretativa ao pensar a viabilidade do peticionamento direto na Corte IDH, além da presença de uma corte permanente no Sistema Interamericano e outros mecanismos que podem conferir maior acesso à justiça na região.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1. Os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos

Para analisar o acesso à justiça em relação ao SIPDH, é relevante trazer à baila o movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, difundido no período pós- guerra. Sinteticamente, a Declaração Universal de Direitos Humanos prioriza a proteção do ser humano, englobando os direitos humanos de 1ª e 2ª geração. Para compor o instrumento de proteção dos direitos humanos, buscando maior efetividade na promoção destes, foram adotados diversos tratados de alcance global – que são diretamente relacionados à Organização das Nações Unidas (ONU) – e regional. Nesse sentido, a tutela dos direitos humanos em âmbito internacional é subdividida entre o sistema universal e o sistema regional de direitos humanos. Esse último, ainda, se reparte em outros três sistemas: o europeu, o interamericano e o africano; cada qual dotado de especificidades próprias, conectadas às suas origens.

O sistema regional europeu de direitos humanos, o mais amadurecido dentre os demais, tem como tratado-regente a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), originada em 1950. Fruto da consequência das atrocidades ocorridas na 2ª Guerra Mundial, o texto representava a “esperança de se implantar um sistema eficaz de proteção aos direitos humanos para todos os países do bloco” (MAZZUOLI, 2019, p. 130). Após diversas reformas, o sistema europeu se mantém por meio de um órgão único (a Corte EDH), instituído em caráter permanente em decorrência da admissão do Protocolo nº 11.

Esse documento, ratificado em 1988, foi responsável por consagrar uma nova espécie de sistemática, culminando em mudanças significativas para o sistema europeu. Tais mudanças se apresentam na fusão da Comissão e Corte Europeia de Direitos Humanos em uma Corte Permanente; e na permissão do acesso direto à Corte EDH, por meio do peticionamento direto ao órgão citado.

Em um primeiro momento, a Corte EDH, por se tratar de um órgão único, abrange duas competências: consultiva e contenciosa. Isto é, a Corte passa a realizar as funções de admissibilidade (até então de responsabilidade da Comissão) e de mérito dos casos a ela submetidos. No mesmo parâmetro, o Protocolo nº 11 (1988) permitiu que o peticionamento direto à Corte seja feito por ONGs, por grupos de pessoas e, até mesmo, por indivíduos – considerados, aqui, como sujeitos de direito internacional. Por fim, como sintetiza Flávia Piovesan (2019, p. 145), a Corte EDH, ao apreciar uma petição, realiza um juízo de avaliação preliminar, objetivando encontrar os requisitos previstos no artigo 35 da CEDH, sendo esses:

“[...] a) esgotamento prévio dos recursos internos; b) observância do prazo de 6 meses, a contar da data da decisão definitiva; c) não ser anônima; d) inexistência de litispendência internacional; e) não ser manifestamente infundada; e f) não constituir um abuso de direito de petição. Além disso, o Estado denunciado como violador deve ser parte da Convenção.”

O sistema interamericano (doravante SIPDH), por sua vez, tem como instrumento fundamental para sua efetivação a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH; 1969) – também conhecida como o Pacto de San José da Costa Rica. Esse tratado, inspirado no modelo europeu, inova ao dispor de normas mais abrangentes no que tange a proteção

aos direitos humanos, contendo artigos sobre a garantia do direito à vida e à integridade pessoal, à liberdade político-religiosa, além da proibição da escravidão e servidão humana. Nesse sentido, os órgãos criados pela CADH, objetivando a promoção da proteção aos direitos supracitados, são a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (respectivamente: CIDH e Corte IDH).

A CIDH atua por meio de funções práticas consultivas, sendo a principal destas o recebimento de petições e denúncias contra Estados-membros em casos de graves violações aos direitos humanos. De forma similar ao sistema europeu, existem requisitos para a admissão das petições, expressos no art. 46 da CADH, como o esgotamento de recursos internos e a inexistência de litispendência ou coisa julgada internacional. Já a Corte IDH possui duas diferentes competências: de natureza consultiva e contenciosa.

Sua natureza consultiva se dá ao fato de a Corte ter influência na interpretação dos dispositivos da CADH, de mesma maneira que trabalha com a natureza jurisdicional por participar ativamente da solução de controvérsias. As petições só chegam à Corte IDH em *ultima ratio*; ou seja, os casos que não foram solucionados de forma amistosa pela Comissão – único instituto capaz de recepcionar as petições – são repassados, após outra análise de mérito, à Corte IDH.

Por fim, o sistema africano é considerado, doutrinariamente, o menos efetivo de todos os sistemas regionais; fator, esse, decorrente de sua data de criação, que vem dos meados da década de 80. Nesse sentido, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) foi responsável pela instauração da Comissão, em 1981, e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Comissão e Corte ADHP), em 1986. As funções dos órgãos citados acima são similares aos órgãos do sistema interamericano; isto é, a Comissão ADHP, com o dever de zelar pela efetividade da proteção aos direitos humanos, possui função consultiva, enquanto a Corte ADHP exerce uma função consultiva e contenciosa, na qual se destaca a adoção de medidas provisórias para a proteção de um direito violado por um dos Estados-membros (MAZZUOLI, 2019, p. 147- 152).

O sistema de peticionamento do sistema regional africano também trabalha de maneira similar ao sistema interamericano, porém, possui ressalvas no que tange o peticionamento exclusivo à Comissão. O Protocolo do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos (1998), através de seu art. 5º, constitui a possibilidade do peticionamento direto

à Corte ser realizado por indivíduos e ONGs; nesse caso, a admissão dependeria de uma declaração específica, sendo necessária uma autorização do Estado a ser sancionado (PTADHP, 1998).

Dito isso, deve ser ressaltada, aqui, a necessidade de reconhecimento do indivíduo como sujeito significativo de Direito Internacional, perante às Cortes internacionais. Como define Siqueira e De Marchi (2019, p. 52), os sujeitos de Direito Internacional são aqueles que dizem respeito às normas internacionais direta e imediatamente; sendo os indivíduos capazes de atuar dentro de tal seara, ainda que de forma limitada. Em casos similares, a personalidade jurídica dos indivíduos não se extingue, haja vista a responsabilização destes no plano internacional, o que ocorre nos crimes contra a paz e a humanidade, e a participação no polo ativo/passivo dentro de tais relações (SIQUEIRA, DE MARCHI; 2019, p. 53-4).

Nesse sentido, é necessário ressaltar que o acesso à justiça, em âmbito internacional, se apresenta como principal meio garantístico de efetivação da proteção aos direitos humanos. O artigo 8º, em concomitância ao art. 25, da CADH protege o acesso à justiça ao defender que toda pessoa deve ter o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e num prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, na apuração de qualquer acusação ou violação aos direitos inerentes ao homem (CADH, 1969).

3.2. O acesso à justiça e as ondas renovatórias

Previsto tanto em âmbito interno quanto na dimensão internacional, o acesso à justiça é considerado condição fundamental na concretização do Estado Democrático de Direito e, principalmente, na proteção jurídica dos direitos humanos, não tendo como desatribuir o instituto supracitado da existência de uma tutela jurídica minimamente paritária. Nesse ensejo, é sabido que o acesso à justiça se enquadra como uma demanda essencial para o Direito, uma vez que a contemporaneidade apresenta uma sistemática jurídica que se conecta pelo espírito de seu tempo, entretanto, nem sempre foi assim. O acesso à justiça, de forma democratizada, não é uma antiga conquista, contudo, patrimônio jurídico recente na luta pela efetiva universalização dos direitos humanos, sendo também objeto de constantes problemáticas e desafios.

Na célebre obra *Acesso à Justiça*, de Mauro Cappelletti, o autor sistematiza os avanços quanto a democratização do acesso à justiça através de uma análise crítica da historicidade. Assim, a obra expõe que alcançar

o sistema de justiça se traduz como a condição real de transformação da igualdade jurídica e dos preceitos formais, em algo material e concreto (SADEK, 2009, p.175).

Nessa conjuntura, por meio de uma lógica identificatória dupla, o autor apresenta o “acesso à justiça” em dois eixos. No primeiro eixo, de forma estrita, trata do acesso do indivíduo ao poder judiciário e o segundo, em sentido amplo, trata o acesso como o mais básico direito humano, portanto, uma postura positiva do Estado que busque surtir efeitos concretos, individual e socialmente justos. Em outras palavras, um acesso efetivo e humanizado, o ponto central da moderna processualística.

Com isso, segundo Cappelletti (1998), entre o efetivo acesso à justiça e a realidade fática existem expressivos fatores que funcionam como forças antagônicas à efetividade. Assim, alguns desses fatores se apresentam como os altos custos judiciais, a morosidade processual, a baixa capacidade financeira de uma das partes, a impossibilidade do indivíduo reconhecer o próprio direito, e, ainda, a de propor uma ação em sua defesa. Além disso, existem os problemas especiais dos interesses difusos, em que ou o rol de legitimados para propor uma ação corrigindo a lesão, que, concentrados no grupo ou na medida reparatória, não se torna atrativa para induzir a coletividade à provocar o Judiciário. Assim, os autores compreenderam que determinadas barreiras formatavam um padrão e alcançavam, especificamente, as camadas sociais mais vulneráveis:

Os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos ao uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses. (CAPPELLETTI, 1998)

Nesse diapasão, foram preconizados três blocos de soluções práticas para a superação das problemáticas envolvendo o direito de acesso à justiça, ou seja, as três ondas renovatórias do acesso à justiça. A primeira onda renovatória possui como máxima a assistência judiciária gratuita para a população economicamente vulnerável, haja vista que na maioria das sociedades modernas, o auxílio judicial se torna essencial, senão indispensável. Desse modo, os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são vitais, pondo em destaque a prestação advocatícia pública (CAPPELLETTI, 1998, p.31).

Quanto a segunda onda, esta se concentra na representação dos interesses difusos, trazendo à baila reflexões quanto às noções tradicionais do processo civil e o papel dos tribunais – resquícios do Estado liberal que singularizava e restringia a legitimidade da prestação jurídica aos interesses coletivos –, fomentando uma necessidade de adequação legislativa. Assim, há uma superação do entendimento tradicional de que o processo seria, exclusivamente, uma demanda de apenas duas partes individualizadas interessadas, alcançando, portanto, direitos que pertencessem a um grupo, seja o público em geral ou um segmento específico da população (CAPPELLETTI, 1998, p.50).

Por último, a terceira onda foi denominada de acesso à justiça efetivo, essa centra sua atenção na obtenção de reformas da assistência jurídica e da busca pela concretização da efetivação, em todos os âmbitos, dos direitos da população marginalizada, afastando, assim, a aplicabilidade da “pobreza processual”. Em síntese, esta onda significa a representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados pelo judiciário, incluindo os nichos da advocacia em nível judicial e extrajudicial, bem como pelo “conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (CAPPELLETTI, 1998, p.68).

A terceira onda também realça os benefícios de uma justiça igualitária e de uma representação judicial ante as grandes potências estatais, em que o indivíduo que possui seus direitos violados se encontra em um lugar de desvantagens. Aqui, Cappelletti se debruça quanto as alterações procedimentais, mudanças estruturais dos tribunais, a criação de novos foros, a adesão da interdisciplinaridade na estruturação do corpo judiciário, bem como modificações no direito substantivo que tenham como enfoque a prevenção de litígios ou facilitem a solução desses.

Com isto posto, levando em conta os movimentos processualísticos arguidos por Cappelletti, pode-se, compreender que a ampliação do acesso à justiça nos sistemas jurídicos modernos caminha, cada vez mais, rumo à ampliação dos meios de integração da pessoa humana ao seus direitos fundamentais. Contudo, ainda há muito o que se discutir quanto a efetivação da plena prestação jurisdicional internacional, principalmente, no que concerne o *locus standi in judicio* (participação durante o processo), bem como o *jus standi in judicio* (plena capacidade processual) no que tange a prestação judicial nos sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos, como salienta a jurista Isadora Albuquerque:

Dentre os avanços necessários para a efetiva proteção dos direitos humanos e prevenção de novas violações, indispensável é o reconhecimento do *jus standi in judicio* das vítimas (ou de seus representantes legais) antes à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que atualmente determina que somente os Estados Partes e a Comissão têm direito a submeter uma denúncia à decisão da Corte (Artigo 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos). (ALBUQUERQUE, 2015, p.35)

Neste ponto, ainda que pese parte da doutrina do direito internacional dos direitos humanos enveredar pelo não acolhimento de uma legitimidade processual plena do indivíduo junto às Cortes Internacionais, como ocorre junto ao SIPDH, uma vez que o peticionamento direito à Corte IDH ainda não é uma possibilidade, a Corte Europeia explicita um caminho já percorrido neste sentido. Ademais, conforme exposto na obra supramencionada neste capítulo, o acesso à justiça se traduz em um conjunto de ondas que conferiram, gradativamente, os ideais da universalização da justiça. Portanto, há de se pensar, que os impasses travados em âmbito regional na tutela processual dos direitos humanos se modulam de forma paralela e estrutural, levando em conta a transversalidade de demandas dos processos históricos, econômicos, políticos e sociais, como Cançado Trindade explica:

Em meio a tantas contradições no cenário internacional, hoje dilacerado pelo unilateralismo, pelo militarismo e pelo recrudescimento do uso indiscriminado da força (em meio à suspensão de processos de paz), tem-se, não obstante, afirmado a necessidade do acesso da pessoa humana à justiça no plano internacional. Têm-se efetivamente multiplicado, nos últimos anos, os órgãos internacionais de supervisão dos direitos humanos e os tribunais internacionais, aos quais hoje têm acesso os indivíduos, em graus e condições distintos. O acesso à justiça passa a ser entendido *lato sensu*, a abarcar o direito à realização da justiça. Já não mais se questiona a personalidade e capacidade jurídicas internacionais do ser humano. Neste início do século XXI, em meio a tantas ameaças e incertezas, não obstante ganha corpo, como nunca antes logrado, o antigo ideal da justiça em nível internacional. Com isto, se fortalece o processo, que há tantos anos vimos sustentando, de jurisdicionalização da proteção internacional dos direitos humanos. (TRINDADE, 2007, p. 426-7)

Portanto, entende-se que o acesso à justiça nas sociedades democráticas traça um caminho *latu sensu*, de modo que se torna objeto essencial para a existência *per se* da maior parte dos sistemas jurídicos nos Estados Democráticos de Direito. É partindo deste lugar de transformações e maior acolhimento da pessoa humana dentro da lógica processual, que o próximo capítulo se debruçará quanto a viabilidade da ampliação do acesso à justiça junto ao SIPDH, sistema imprescindível na proteção e manutenção dos direitos humanos na América.

3.3. A ampliação do acesso à justiça no SIPDH: um caminho possível?

Nesta última etapa, como já pontuado, será averiguada a viabilidade de ampliação do acesso à justiça no sistema interamericano, objetivando uma maior efetividade no que tange a proteção aos Direitos Humanos. A fim de analisar a possibilidade da ampliação, é importante ressaltar algumas das dificuldades que o SIPDH vem a enfrentar, como: a adesão integral aos instrumentos do sistema em destaque, os recursos financeiros destinados a este, e, por fim, a acessibilidade das vítimas ao SIPDH. Pode-se dizer que os problemas supracitados culminam na morosidade processual, empecilho para a eficácia necessária no que tange a proteção dos direitos inerentes à pessoa humana e a resolução de conflitos em âmbito internacional.

A primeira problemática diz respeito ao conceito de universalização do sistema interamericano, sobre a adesão dos Estados-partes da Organização dos Estados Americanos (OEA) à jurisprudência da Corte IDH. Atualmente, a OEA é composta por 35 Estados-membros, enquanto a CADH, até o ano de 2020, havia sido ratificada por apenas 20 dos países americanos (CORTE IDH, 2020, p. 16). Nesta ocasião, vale ressaltar que, por conta da adesão à Carta da OEA, os Estados passam pela influência da CIDH; porém, a não adesão da CADH causa a não influência do órgão citado e, conseqüentemente, da Corte IDH.

Aqui, percebe-se que não há, ainda, uma integração geral do continente americano quanto à ratificação da CADH, o que compromete a real efetividade dos mecanismos de proteção aos direitos humanos – diferentemente do que se observa no Sistema Europeu (VILELA, 2017, p. 45-6). Para superar essa dificuldade, a Corte IDH tem defendido a necessidade de adesão integral aos tratados do SIPDH como meta a médio e a longo prazo; porém, independentemente da adesão, existe, ainda, a precariedade econômica do sistema e, em especial, o acesso direto das vítimas ao órgão citado.

No ensejo por uma maior acessibilidade à justiça no Sistema Interamericano, o peticionamento direto à Corte encontra base em distintos nichos, seja conforme atesta parte da doutrina, nas opiniões consultivas ou até mesmo nas decisões exaradas pela Corte IDH – que refletem a posição do SIPDH quanto a temática. Desse modo, conforme atesta Cançado Trindade, em voto na Opinião Consultiva nº 17 de 2002, o direito de petição individual conjectura o reconhecimento da personalidade jurídica internacional do ser humano:

De ahí la importancia que asume, en ese nuevo derecho de protección, la personalidad jurídica del individuo, como sujeto del derecho tanto interno como internacional. Hoy se reconoce la responsabilidad del Estado por todos sus actos - tanto jure gestionis como jure imperii - y todas sus omisiones, lo que pone de relieve la personalidad jurídica de los individuos y su acceso directo a la jurisdicción internacional para hacer valer sus derechos (inclusive contra el propio Estado)

Portanto, partindo da análise da relevância do direito de petição individual e o acesso à justiça internacional como consequência da conquista definitiva dos direitos humanos, é que se pensa no peticionamento direto à Corte IDH, conferindo, assim, um pleno *jus standi in judicio* da pessoa humana perante o SIPDH. Dessa forma, pode-se observar o voto do juiz Sergio Garcia Ramirez no caso “Cinco Aposentados vs. Peru”, em que o jurista, ainda que de forma sutil, apregoa pela possibilidade de reconhecimento da legitimação dos particulares para a propositura das ações junto a Corte IDH:

Por hora, a Convenção deposita esta última faculdade, que legitima o acesso direto à Corte, tanto na Comissão, quanto nos Estados que têm reconhecido a jurisdição obrigatória da Corte, mas não tem conferido – neste momento da evolução do sistema – aos indivíduos afetados por violações a seus direitos. Tem-se sugerido, em algumas oportunidades, de lege ferenda, a possibilidade de reconhecer esta legitimação aos particulares, como já ocorre no sistema europeu. Obviamente, este reconhecimento dependerá dos progressos e das capacidades do sistema interamericano, que se desenvolve em passos firmes (sentença de mérito, reparações e custas de 28/02/2003).

Ainda, nesse sentido, corrobora (PIOVESAN, 2019, p. 196-7) quanto ao peticionamento direto, vejamos:

Uma sexta proposta compreende a demanda por maior democratização do sistema, permitindo o acesso direto do indivíduo à Corte Interamericana — hoje restrito apenas à Comissão e aos Estados. Note-se que, no sistema regional europeu, mediante o Protocolo n. 11, que entrou em vigor em 1º de novembro de 1998, qualquer pessoa física, organização não governamental ou grupo de indivíduos pode submeter diretamente à Corte Europeia demanda veiculando denúncia de violação por Estado-parte de direitos reconhecidos na Convenção (conforme o artigo 34 da Convenção Europeia).

Não obstante, não se pode pensar tão somente em uma “gourmetização” do sistema interamericano com o objetivo de amoldar sua processualística e rito aos parâmetros do Sistema Europeu, como se apenas a alteração no sistema de peticionamento fosse o suficiente para sanar as demandas do acesso à justiça. Contudo, nota-se a necessidade de vislumbrar as vicissitudes que permeiam os países americanos quanto ao SIPDH, como a baixa aderência dos países na concretização plena dos direitos humanos à nível internacional, seja no eixo político ou financeiro. É neste ensejo que Vilela (2017, p.85-6) explica:

A escassez de recursos financeiros para prover a CorteIDH dá indícios das dificuldades desse tribunal em promover mudanças significativas em sua esfera, mesmo diante de questões que exigem mudanças, como condição para lhe atribuir legitimidade e efetividade, uma vez que a manutenção¹ da CorteIDH com baixos recursos não é consequência apenas da falta de repasse necessário por parte da OEA. A maioria dos Estados signatários da CADH e sob a jurisdição da CorteIDH não contribui para o fortalecimento do tribunal de direitos humanos [...]

Com isso, além da aderência integral dos Estados-membros da OEA aos instrumentos do sistema, torna-se necessária a existência da promoção de uma cultura regional de proteção aos direitos humanos, haja vista os recortes históricos atrelados aos períodos antidemocráticos, bem como os padrões histórico-estruturantes decorrentes dos períodos de colonização existentes no continente americano, que ainda fornecem aporte subjetivo para inúmeras violações aos direitos humanos na América Latina.

No que diz respeito aos recursos financeiros destinados para a Corte IDH, a composição destes é dividida entre o fundo regular e o fundo específico. O fundo regular provém do repasse obrigatório feito pelos Estados-membros da OEA, aplicados ao sistema de maneira geral, e o fundo específico consiste em doações livres realizadas pelos Estados-membros e por organizações internacionais interessadas em contribuir – Projetos de Cooperação Internacional –; doações essas que, diferentemente do fundo regular, podem ser aplicadas em ações específicas escolhidas por seus doadores (CARVALHO, 2018, p. 36-7).

Por meio do Relatório Anual da Corte IDH (2020), pode-se observar que as receitas totais recebidas pela Corte no período contábil alcançaram a soma de US\$7.203.132,12. Desse total, US\$5.163.697,50 (71,69%) têm origem no Fundo Ordinário da OEA. Por sua vez, US\$514.416,13 (7,14%) provém de contribuições voluntárias dos Estados membros e US\$1.525.018,49 (21,17%) de Projetos de Cooperação Internacional.

Nesse sentido, quanto aos repasses voluntários destinados à Corte IDH, observa-se que o sistema recebeu mais investimento dos projetos de cooperação internacional do que de seus Estados-membros, uma vez que, no ano de 2020, apenas os Estados do México, Costa Rica e Peru realizaram doações, o que totalizou apenas 7,14% de todo o fundo da OEA. Outra problemática se concentra na insolvência dos Estados integrantes, como o Estado brasileiro que, atualmente, é o maior devedor, com saldo aberto de US\$ 21,8 milhões referente aos anos de 2020 e 2021 (VENTURA, 2021). Determinados percalços evidenciam a baixa adesão dos Estados-membros no fomento à proteção dos Direitos Humanos, conforme explana VILELA (2017, p. 52-3):

A CorteIDH dispõe de orçamento ínfimo em comparação às outras cortes de justiça internacionais. Esse quadro de escassez financeira da CorteIDH só pode ser atribuído à insuficiência de recursos do fundo regular aprovado pela Assembleia Geral da OEA e da falta de empenho dos Estados em fixar as doações. O governo do México, por exemplo, anunciou que faria a doação de 300 mil dólares em 2015, mas não transferiu o dinheiro até o final daquele ano. O Brasil, por sua vez, apesar de ter sido um dos principais Estados doadores em 2014, a doação feita de 332 mil dólares correspondeu a pouco mais da metade do valor destinado pelo Governo da Dinamarca, que nem sequer faz parte do continente americano, equivalente a 640 mil dólares

Nessa conjuntura, quando se trata da viabilidade do peticionamento direto junto à Corte IDH, entende-se a necessidade de uma reforma geral no SIPDH que busque a efetividade do sistema em sua totalidade, no que concerne as demandas pré-processuais e até mesmo posteriores ao processo. A título de exemplo, seria ideal a criação de um mecanismo de execução específico, como no Sistema Europeu, em que existe o Comitê de Ministros, órgão político responsável pela fiscalização da execução de suas sentenças proferidas. Outra potencial reforma se dá com a implementação das decisões internacionais no plano doméstico por meio do controle de convencionalidade, que “poderia ser considerado uma extensão do sistema interamericano de direitos humanos realizado pela via difusa nos tribunais internacionais” (CARVALHO, 2018, p. 41).

O acesso das vítimas ao SIPDH, atualmente, é caracterizado pelo *locus standi*, fator já pontuado anteriormente. Nesse sentido, defende-se que, para uma reforma efetiva do sistema, é necessária a promoção da jurisdição automática e compulsória da Corte IDH, bem como a promoção do *jus standi in judicio* – plena capacidade processual das vítimas e o consequente acesso direto ao sistema. Para tal, Flávia Piovesan (2019, p. 125) desperta a necessidade de justicialização do sistema, que é o processo de reivindicação dos direitos dos cidadãos caracterizados por um conceito abrangente de justiça.

Nesse sentido, cabe informar que outro grande desafio encontrado no SIPDH quanto à processualística, é a morosidade processual em razão das grandes demandas. De acordo com o Relatório da Corte IDH (2020), a Corte finaliza o ano com 48 casos contenciosos ainda pendentes de julgamento, sendo esses do ano de 2018 em diante e estipula como prazo médio para a resolução das ações contenciosas o equivalente a 19,03 meses, pondo em relevo que a ausência de um tribunal permanente e as demais ausências de ordem financeira, impossibilitam uma maior celeridade processual.

Cançado Trindade (2013), há muito tempo, apregoa pela defesa de uma reforma do sistema de peticionamento individual, tecendo um entendimento que caminha rumo a expansão da autonomia do indivíduo perante o Sistema, por meio da ampliação do seu acesso aos órgãos jurisdicionais internacionais, no caso do SIPDH, a Corte IDH. Conforme aponta, CARVALHO (2018, p. 43):

Portanto, vê-se como uma forma eficaz de fortalecimento o SIDH a jurisdição automática da Corte no sistema de peticionamento

individual, sem a necessidade de uma intermediação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como acontece hoje, de modo que agilizaría a resolução dos processos, as partes vítimas da violação ficariam mais próximas do processo, os custos seriam menores, o número de casos perante a Comissão diminuiria, haja visto que esta é responsável pelos casos de peticionamento individual levados ao Sistema Interamericano, como também é órgão responsável pelos Estados-membros da OEA; assim como, logisticamente, facilitaria as etapas processuais até o julgamento do caso.

Portanto, encontra-se como compreensão final que o aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção individual junto aos órgãos jurisdicionais internacionais constitui por essência a proteção internacional dos Direitos Humanos, uma vez que o indivíduo se caracteriza como a vítima da violação. Assim, também se pensa quanto a atualização da CADH, conforme ocorreu na CEDH, tangenciando a inexistência do duplo juízo de admissibilidade, que tanto causa morosidade a tramitação dos processos. Contudo, a ampliação do acesso ao SIPDH depende, sobretudo, de uma reforma sistemática, haja vista que apenas tratar do peticionamento direto significará manter a morosidade e a demanda processual ainda existente no SIPDH, além de inflar ainda mais as demandas da Corte.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual pesquisa não pretendeu esgotar os desdobramentos da presente temática, nem tampouco tracejar respostas definitivas sobre o assunto, porém pontuar a necessidade de ampliar o acesso à justiça ao SIPDH. No decorrer do trabalho, foi ressaltada a importância da percepção do indivíduo como sujeito de Direito Internacional, tendo como base o disposto na CADH e a promoção do *locus standi in judicio* - a presença efetiva da vítima ao processo; além da conceituação de acesso à justiça, que, em âmbito internacional, tem como principal objetivo a garantia da concretização do Estado Democrático de Direito e a promoção da proteção aos Direitos Humanos.

Contudo, ao destacar os meandros entre a necessidade e a utopia, no que tange a ampliação em questão, nota-se que promover o peticionamento direto, por exemplo, significaria inflar um único órgão do sistema e, conseqüentemente, manter a morosidade processual; além de não solucionar a problemática já inerente ao sistema quando analisada a realidade histórica e fática do continente americano. Dessa forma, conclui-se que

é viável a ampliação do acesso à justiça, desde que tal ampliação esteja diretamente atrelada à uma reforma sistemática do SIPDH, promovendo instrumentos e mecanismos eficazes para a resolução dos conflitos, por exemplo, e de monitoramento das decisões prolatadas pela Corte Interamericana.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Isadora. *O ser humano como sujeito de direito internacional: a importância da implementação do jus standi in judicio da vítima perante a Corte Interamericana para a efetiva proteção dos direitos humanos*. (2015). Disponível em: <http://repositorio.furg.br/handle/1/7392>. Acesso em: 15 out. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988

CORTE IDH. *Caso Cinco aposentados vs. Peru - Sentença de 28 de fevereiro de 2003*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/94e99edf-c08ad3aa6a2b2cb5fed16fff.pdf>. Acesso em: 05 out. 2021

CORTE IDH. *Opinião Consultiva nº 17 de 2002*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acesso em: 04 set. 2021.

CONFERÊNCIA DA UNIÃO AFRICANA. *Protocolo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos* (1998). Disponível em: https://www.achpr.org/pr_achpr. Acesso em: 29 jun. 2021.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *European Convention on Human Rights* (1990). Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=>. Ratificado em: 03 set. 1953. Acesso em: 17 jun. 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. OEA. *Pacto de San José da Costa Rica* (1969). Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Ratificada em: 25 set. 1992. Acesso em: 15 jun. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9ª ed.. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SADEK, Maria T. A. *Acesso à justiça porta de entrada para a inclusão social*. (2009). Disponível em: <https://books.scielo.org/>. Acesso em: 10 out. 2021.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; DE MARCHI, Giovanna Rosa Perin. *Do acesso à justiça pleno do brasileiro perante a corte interamericana de Direitos Humanos*. (2019). Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2524>. Acesso em: 28 jun. 2021.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1018-tribunais-internacionais-contemporaneos.pdf>. Acesso em: 08 Nov. 2018.

TRINDADE, Antônio A. C. *Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI*. (2007). Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/desafios-e-conquistas-do-direito-internacional-dos-direitos-humanos-no-in%C3%ADcio-do-s%C3%A9culo-xxi>. Acesso em: 10 out.2021.

VENTURA, Manuel. *Brasil deve R\$ 9 bilhões a organismos internacionais e pode perder direito de voto na ONU*. (2021). Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/brasil-deve-9-bilhoes-organismos-internacionais-pode-perder-direito-de-voto-na-onu-25157305>. Acesso em: 07 out. 2021

VILELA, Helena C. *O acesso direito da pessoa humana à corte interamericana de direitos humanos*. (2017). Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/12291/1/Arquivototal.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2021.

MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS: LIMITES E EFETIVIDADE

LINHARES, Liane Isoldi¹

1 Mestre PPGD-UNESA (2013), Especialista em Direito Processual Civil pela UNESA, Bacharel em Direito pela UFRJ (1985), Professora da Faculdade Internacional Signorelli, Professora convidada dos cursos de Pós Graduação da UCAM. <http://lattes.cnpq.br/0165495310326036>

RESUMO

A discussão, proposta no presente trabalho, sobre a temática das medidas executivas atípicas, previstas no inciso IV do artigo 139, do vigente diploma processual civil, é questão atual e relevante, considerando a inexistência de limites ou de um rol exemplificativo das medidas atípicas a serem impostas pelo julgador na busca da efetividade na satisfação do direito do credor. Controvertem os tribunais e a doutrina acerca do alcance da autonomia do julgador na imposição das medidas executivas atípicas expondo uma preocupação quanto à aplicação do referido instituto, considerando a possibilidade de violação dos princípios do contraditório, da proporcionalidade e dos direitos fundamentais do devedor. Estabelecer um modelo apto a garantir simultaneamente o exercício do poder geral do juiz no emprego de medidas atípicas assegurando, segundo Theodoro Jr., “a efetivação da decisão e a obtenção da tutela do direito”, e o respeito aos princípios constitucionais que norteiam a atividade jurisdicional parece ser o grande desafio.

Palavras-chave: Execução; Atipicidade dos meios executivos; Direitos Fundamentais; Satisfatividade.

1. INTRODUÇÃO

Considerado como um dos dispositivos mais impactantes do novo diploma processual civil, o inciso IV do artigo 139, segundo parte da doutrina, retrata a intenção do legislador em conferir ao julgador um “poder geral” para determinar “quaisquer” medidas que entender necessárias para garantia do cumprimento de suas ordens e decisões. Conforme dispõe o referido inciso: “IV- 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”. O destaque do dispositivo se explica pela previsão legal inovadora quanto à extensão das medidas executivas atípicas às ações que tenham por objeto as obrigações de pagar quantia certa. A perplexidade diante da previsão legal reside na possibilidade de serem aplicadas medidas “customizadas” para o caso concreto em nome da efetividade, ou seja, as denominadas medidas executivas atípicas que apesar de não elencadas taxativamente, são previstas por meio de um regramento geral – cláusula geral - fundamentado no princípio da efetividade jurisdicional.

A natureza de tais medidas tem atraído inúmeros questionamentos na doutrina e jurisprudência chegando-se a afirmar que o novel dispositivo teria possibilitado a “abertura” de um espaço para a “criatividade judicial”. A preocupação dos operadores do direito se fixa na ausência de critérios previamente estabelecidos para o manejo dos meios executivos atípicos autorizados no comando legal.

A justificativa do dispositivo em comento se apresenta diante da ineficácia das medidas típicas previstas no sistema processual civil, aplicadas por décadas. E a constatação de que um resultado inócuo resulta na entrega ao credor de uma prestação jurisdicional de utilidade duvidosa, violando o princípio do devido processo legal e atraindo o descrédito para atividade jurisdicional.

O objeto deste trabalho está inserido na temática da tutela satisfativa. Com destaque para a relevante contribuição feita pelo legislador transferindo para o julgador a opção de definir quais medidas seriam adequadas às condições do caso concreto, em prestígio a efetividade e a duração razoável do processo. Os meios executivos atípicos, analisados no presente trabalho, se impõem por meio de coerção, ou seja, na adoção de técnicas indiretas voltadas a concretização das decisões judiciais. Diversamente das medidas típicas não incidem sobre o patrimônio do executado, atuam na esfera da sua vontade prevendo situações de agravamento

diante do descumprimento de uma ordem judicial. São medidas de pressão psicológica, que buscam convencer o devedor /executado a cumprir a obrigação devida como única forma de “livrar um mal maior”.

Em outro giro impõe-se a necessidade de não se deixar seduzir pela promessa de uma garantia de satisfação imediata, levando o operador do direito a interpretar o comando legal como uma permissão indiscriminada de emprego de tais medidas atípicas desconsiderando os limites da esfera jurídica do devedor violando princípios e garantias fundamentais. Ainda que a intenção do legislador seja de atribuir maior dinâmica e efetividade a tutela executiva permanecem as restrições à responsabilidade pessoal do devedor.

Para a exposição do tema optou-se pelo método dedutivo com referências bibliográficas de pesquisas em legislação específica, livros, artigos científicos e jurisprudência que abordem o instituto. Com o objetivo de identificar os modos como a doutrina, a jurisprudência e o legislador interpretam e aplicam o instituto em nosso sistema jurídico e identificar os parâmetros definidos pelos tribunais em seus julgamentos a respeito da aplicação da técnica executiva atípica, por aplicação do art. 139, IV do CPC, com destaque nas execuções pecuniárias.

2. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS – ASPECTOS CONTROVERTIDOS

A questão trazida à reflexão diz respeito à necessidade de ponderação entre a adoção de mecanismos efetivos que viabilizem a satisfação do direito do credor, que observem a garantia do contraditório e o respeito aos direitos fundamentais do devedor. Conforme as palavras de Alexandre Câmara,

É preciso deixar claro que a aplicação dessas medidas não pode ser vista como uma punição para o devedor inadimplente. São elas mecanismos destinados a viabilizar a satisfação do direito do credor, e nada mais. (CÂMARA, 2018)

Rogério Cruz e Tucci, em comentários sobre o tema complementam,

Diante da recalcitrância do condenado, que não se curva de modo espontâneo, aos termos da decisão, o novo Código de Processo Civil atribui, pois, ao juiz, diante de uma determinada situação

concreta, o poder de impor medida de coerção atípica, que possa propiciar o atendimento ao comando judicial.(CRUZ e TUCCI ,)

Em defesa do dispositivo, citamos o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno, de que se trata de uma “regra de flexibilização das técnicas executivas” permitindo ao magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, adaptar as medidas executivas, desde que observado o comando constitucional do contraditório e da fundamentação das decisões.

No mesmo sentido os autores, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Metidiero, afirmam que a inovação é resultado de uma necessidade de se “conferir mobilidade à tutela dos direitos, de modo que se torne mais efetiva”; segundo os autores a atipicidade deve ser entendida como uma regra e que permite tanto ao credor como ao julgador a possibilidade de “opção” da medida executiva que se mostre mais adequada para o desfecho do caso concreto.

Impende, no entanto considerar que o princípio da efetividade não é absoluto, nem tampouco deve ser o único fundamento a justificar a aplicação das referidas medidas atípicas ,não devendo ser interpretado como um “salvo conduto” para a obtenção da tutela executiva efetiva a qualquer preço. Nas precisas palavras de Fredie Didier “a execução é um dos ambientes mais propícios para a prática de comportamentos desleais, abusivos ou fraudulentos”. Prossegue o doutrinador,

A justificativa doutrinária de viabilidade das medidas coercitivas atípicas na obrigação de pagar quantia certa é a mesma ideia existente quando surgimento dos meios atípicos em nosso ordenamento: necessidade de o Poder Judiciário dar uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, para respeito além da inafastabilidade da jurisdição, para ao devido processo (DIDIER JUNIOR, 2012).

No mesmo sentido Flávio Luiz Yarshell, sustenta, “será preciso cuidado na interpretação dessa norma, porque tais medidas precisam ser proporcionais (necessárias, adequadas e proporcionais em sentido estrito) e razoáveis em relação ao resultado almejado”.

Os questionamentos envolvendo o referido dispositivo processual alcançaram os diversos segmentos da sociedade, ultrapassando as questões acadêmicas e alcançando os tribunais, com requerimentos dos exequentes, impugnações dos executados e decisões favoráveis a ambos.

A divergência jurisprudencial permanecerá, ensejando a elaboração teses distintas até que se pronunciem os tribunais superiores.

Ilustrando a controvérsia, a afirmação da ministra relatora, Nancy Andrighi, que os “meios atípicos não podem ser utilizados de maneira indiscriminada”, elencando requisitos de aplicabilidade, tais como: a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável; que as referidas medidas sejam adotadas de modo subsidiário, que a decisão seja fundamentada de forma específica e “com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade”.

Seguindo o mesmo entendimento, corrobora o ministro Luis Felipe Salomão “as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais”.

Diante dos argumentos supramencionados impende destacar que inexistente um modelo ideal ou infalível de procedimento capaz de garantir a satisfação do crédito quando o executado não possuir recursos para o cumprimento da obrigação. Quando se está diante de uma situação de inadimplência involuntária, nenhuma medida típica ou atípica terá o condão de solucionar o impasse.

Por outro lado, impõe-se uma reflexão acerca da aplicação das medidas executivas atípicas diante da inadimplência voluntária.

A preocupação do legislador com a efetividade do processo está presente em inúmeros dispositivos no CPC/15 da mesma forma que a observância das garantias e direitos fundamentais. Dito de outra forma trata-se do reconhecimento do direito a proteção jurisdicional; conforme a doutrina de Mitidiero,

A efetividade da tutela jurisdicional traduz uma preocupação com a especificidade e a tempestividade da proteção judicial. O resultado da demanda deve ser o mais aderente possível ao direito material, em tempo razoável às partes. É evidente que tutela efetiva não é sinônimo tão-somente de tutela prestada rapidamente: agora, seguramente não é efetiva a tutela prestada a destempo. Ademais, quanto mais demorada à tutela, maior o dano que experimenta a parte que tem razão. É fundamental, portanto, que o processo ofereça meios para outorga da proteção tempestiva às partes – o que, aliás, dever constitucional do Estado (Mitidiero, 2007)

Destaque-se a previsão contida no artigo 8^a do CPC/15, o princípio da dignidade humana por vezes já mencionado nesse trabalho, se apresenta como um parâmetro para a aplicação das medidas atípicas previstas no inciso IV, o artigo 139 do mesmo diploma processual, estabelecendo uma ponderação entre o direito do exequente de obter a máxima satisfação do crédito reconhecido na decisão judicial e o direito do executado de ter resguardadas suas garantias fundamentais. Acrescente-se ainda o disposto no artigo 805, CPC/15, que determina que o magistrado deva observar que a execução se faça “do modo menos gravoso”, impende ressaltar, que tais garantias se impõem considerando uma relação processual pautada pela cooperação e boa-fé.

No entanto diante de uma postura desleal e de má-fé de certos executados como se sustentam as críticas a aplicação das medidas executivas atípicas?

De que forma deve ser tratado no processo o executado que se recusa frontalmente a cumprir a obrigação devida ou frustra todas as tentativas de satisfação do credor; não faz acordo; se desfaz do patrimônio ou cria empecilhos ao cumprimento das medidas executivas típicas. Para essas situações, justifica-se, o manejo das medidas executivas atípicas permitindo-se ao julgador determinar conforme o caso, aquela que se mostrar mais adequada e, portanto com maiores chances de ser realmente efetiva. Nesse sentido consagra-se para alguns juristas adoção das medidas restritivas de locomoção, como a suspensão do passaporte, por exemplo, pois para o executado que se recusa a quitar as dívidas e ao mesmo tempo mantém o seu padrão de gastos; esta medida se revela apta como instrumento de correção para alcançar a quitação da dívida.

A melhor interpretação do princípio da dignidade humana nos parece ser aquela que considera a condição do devedor e do credor simultaneamente. Entendendo-se que a cláusula geral, prevista no IV, do artigo 139, não representa um “sinal verde” para arbitrariedades ou uma permissão ilimitada para aplicação de medidas que busquem efetividade a qualquer preço, mas um valioso instrumento para garantia da tutela dos direitos fundamentais do credor de receber a tutela jurisdicional executiva. Justifica-se, nessa hipótese – inadimplemento voluntário - a imposição de medidas restritivas de direitos do devedor sempre que da análise da necessidade, da adequação e da proporcionalidade restar evidente que a proteção ao devedor extrapola a esfera do credor em flagrante prejuízo aos seus direitos fundamentais.

3. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS E A “CRIATIVIDADE JUDICIAL”

O reconhecimento da regra contida no IV do artigo 139, como instrumento de garantia de efetividade das decisões judiciais é patente, no entanto sua aplicabilidade tem dividido os operadores do direito.

A questão vem sendo tratada com reservas pela doutrina e jurisprudência diante dessa “ampliação de poderes atribuída aos juízes” na aplicação das medidas atípicas, alertando para o perigo de se interpretar a intenção do legislador com um estímulo a “criatividade ou subjetividade judicial” resultando em potencial risco de afastamento do comando Constitucional. Severas críticas avançam em relação às medidas restritivas de locomoção do devedor, como a suspensão da carteira de habilitação ou suspensão do passaporte, apontadas como flagrantes violações do princípio da dignidade humana e representando em última análise “um ato de vingança” que em nada contribui para satisfação do crédito almejado pelo credor.

Conforme análise de Streck e Nunes,

Não há dúvidas de que nossa execução sempre foi o “calcanhar de Aquiles” do sistema processual, pela praxe do “ganhou (no processo de conhecimento), mas não levou” (na fase de cumprimento ou execução). Todavia, isso não permite uma interpretação que busque, sem maior reflexão, resultados desconectados das balizas constitucionais. Ou seja: partimos da tese – obedecendo a coerência e a integridade do artigo 926 – de que o CPC jamais daria “carta branca” para o juiz determinar quaisquer medidas aptas para que a obrigação fosse cumprida. E nem poderia dar! (Streck e Nunes, 2020)

Em comentários sobre o tema Wambier, destaca o apoio de parte da doutrina ao que denomina “movimento pela máxima efetividade do processo” defendendo a “possibilidade de adoção indiscriminada de técnicas de execução indireta”. O renomado doutrinador ressalta a importância da correta compreensão do dispositivo em comento sob pena de se “conduzir a resultados desastrosos em termos de ganhos democráticos”.

A preocupação externada pelos juristas supramencionados, entre outros, se justifica no risco da adoção de uma postura de “subjetividade judicial” por parte dos julgadores no manejo das medidas previstas no inciso IV, do artigo 139. O preço da efetividade não pode ser a violação

das garantias e direitos fundamentais dos cidadãos. Não se pode olvidar que a subjetividade judicial está presente na atividade interpretativa dos julgadores, porém a questão discutida no tema é a sua limitação. Considerando a ausência de parâmetros do referido dispositivo legal é legítimo o questionamento e se impõe a elaboração de critérios norteados para a aplicação das medidas atípicas sob pena de se comprometer a constitucionalidade do sistema processual.

O legislador processual civil inovou ao aparelhar o julgador com instrumentos que garantam a concretização das decisões judiciais incluindo obrigações pecuniárias, permitindo opção de escolha conforme as condições do caso concreto, com o objetivo de neutralizar os efeitos da morosidade e ineficiência da tutela executiva. No entanto essa “liberdade de escolha” destituída de critérios pré-estabelecidos, pode conduzir a atividade judicial ao subjetivismo, resultando em arbitrariedades e excessos comprometendo as garantias e direitos fundamentais da sociedade. O magistrado ao optar pela aplicação de uma determinada medida atípica deverá fazê-lo de forma justificada, atendendo a proporcionalidade da medida em relação à utilidade do resultado almejado. Não se pode admitir que, os magistrados, supostamente amparados por uma cláusula geral atuem de forma arbitrária, praticando um “decisionismo” desconectado dos parâmetros constitucionais.

Impõe-se a condução do processo com vistas à efetividade, evitando um “protagonismo judicial indevido” buscando a solução justa e eficiente em conformidade com as garantias fundamentais de todo o cidadão.

É inequívoca a necessidade de imposição de medidas que busquem afastar a morosidade e ineficiência da prestação jurisdicional. Trata-se do legítimo reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, em cumprimento ao comando constitucional de satisfação do credor em tempo razoável e de forma concreta. Ressalte-se que a adequada interpretação que se impõe é aquela que alcança todos os envolvidos na relação processual, sendo vedada à aplicação de medidas arbitrárias que resultem em violação dos princípios do acesso a justiça, contraditório e dignidade humana.

4. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO EXECUTADO

A partir da vigência do referido dispositivo, os chamados meios atípicos de execução se firmaram como solução para efetividade da tutela executiva. Tais medidas representam meios de coerção indireta e psicológica para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. Exatamente

por permitir ao magistrado impor as medidas de coerção atípicas que entender adequadas para propiciar o atendimento do comando judicial, a questão vem suscitando controvérsias e fomentando debates em torno dos limites de sua aplicação.

Nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero “essa falta de rigor técnico, porém, não compromete a intenção do preceito, que é dotar o magistrado de amplo espectro de instrumentos para o cumprimento das ordens judiciais”.

Enfrentando a questão dos meios de execução atípicos, previstos no artigo 139, inciso IV, do CPC, o STJ no julgamento dos REsp. 1.864.190; 1.782.418 e 1.788.950, se manifestou no sentido de atribuir a tais medidas um “caráter subsidiário em relação aos meios típicos”, pugnando pela necessidade de condicionar sua aplicabilidade a presença de certos pressupostos e a verificação da ineficácia da utilização dos meios típicos para obtenção da satisfação do crédito.

Segundo a ministra Nancy Andrighi, a opção do legislador em flexibilizar o procedimento da execução, atendendo as peculiaridades do caso concreto não deve ser interpretada como permissão para adoção “indiscriminada” de medidas que possam atingir a “proteção patrimonial”.

Em suas ponderações aduz,

Do mesmo modo, não se pode falar em inaplicabilidade das medidas executivas atípicas meramente em razão de sua potencial intensidade quanto à restrição de direitos fundamentais. Isso porque o ordenamento jurídico pátrio prevê a incidência de diversas espécies de medidas até mesmo mais gravosas do que essas. (ANDRIGHY, 2021)

As medidas executivas atípicas reiteradamente vêm ocupando os tribunais tais como: a suspensão de CNH, o bloqueio de cartões de crédito e apreensão do passaporte do devedor e sua aplicabilidade têm atraído entendimentos divergentes entre os doutrinadores acerca da potencial violação direitos e garantias fundamentais do executado. Segundo Thiago Rodovalho, em artigo publicado em 2016,

Com relação à suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (suspensão do direito de dirigir, restrição de direitos), não nos parece haver qualquer violação a direito fundamental ou social nem a direito da personalidade ou colocação do devedor em situação

«desproporcionalmente detrimetosa», exceção feita aos que usam o veículo como instrumento de trabalho, atraindo a hipótese do NCPC art. 833, inc. V.(RODOVALHO, 2016)

Em palestra proferida em 2018, na sede do Conselho Federal da OAB, o professor Araken de Assis se posicionou de forma totalmente contrário aos poderes executórios atípicos. Nas palavras do ilustre professor,

É evidentemente inconstitucional diante do princípio da dignidade da pessoa humana tirar o passaporte, carteira de habilitação. Que tem isso com dívidas? Não tem absolutamente nada. Não é a correlação instrumental entre o objetivo da execução e o meio empregado. Isso é simples vingança, simples punição.

Em outro momento, reiterando seu entendimento afirma Araken de Assis,

Seria ilegítimo engendrar um mecanismo próprio específico para o caso concreto, em benefício de uma das partes e em detrimento da outra [...] Nada disso impede a incidência da adequação do meio ao fim como método de concretizar direitos; porém, no âmbito da tipicidade (ASSIS, 2015).

No mesmo sentido citamos Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery para ambos o dispositivo abre espaço para um subjetivismo judicial que no entendimento de ambos poderá ensejar “arbitrariedades”.

Ainda em 2018, a Quarta Turma do STJ, decidindo sobre a ilegitimidade da retenção do passaporte em decisão judicial não fundamentada, o ministro Luis Felipe Salomão se manifestou defendendo a preocupação do legislador diante da ineficácia da tutela executiva mais afirmou “que essa circunstância não pode afastar as regras constitucionais, em especial a restrição injustificada de direitos individuais.”

Acrescenta ainda que,

A adoção de medidas de incursão na esfera do executado, notadamente direitos fundamentais, carecerá de legitimidade e configurar-se-á coação reprovável, sempre que vazia de respaldo constitucional ou previsão legal é a medida que não se justificar em defesa de outro direito fundamental.(SALOMÃO ,2018)

Conforme a doutrina de Daniel Assumpção, o dispositivo em comento, representa a consagração do princípio da atipicidade dos meios executivos e segundo o autor inicialmente não se trata de uma inovação, em conta que no revogado CPC de 1973, no §5º do artigo 461, já constava com a expressão “tais como” no texto legal, em referência aos meios executivos, expondo a natureza exemplificativa do rol e, portanto presente a natureza atípica das medidas. Aduz o doutrinador que a repercussão do referido dispositivo legal do vigente diploma processual se justifica diante da opção do legislador em estender a permissão legal para as execuções de obrigação de pagar quantia certa.

Embora parte da doutrina se posicione contrária à adoção de tais medidas, questionando até a constitucionalidade do dispositivo, para Daniel Assumpção as atenções devem ser voltadas para a “determinação dos limites” das medidas atípicas dispostas no, IV do artigo 139, CPC/15. Segue a ponderação de Daniel Assumpção,

Nesse sentido, é importante registrar que a adoção de medidas executivas coercitivas que recaiam sobre a pessoa do executado não significa que seu corpo passa a responder por suas dívidas, o que, obviamente, seria um atentado civilizatório. São apenas medidas executivas que pressionam psicologicamente o devedor para que esse se convença de que o melhor a fazer é cumprir voluntariamente a obrigação. Mostra-se óbvio que, como em qualquer forma de execução indireta, não são as medidas executivas que geram a satisfação do direito, mas sim a vontade, ainda que não espontânea, do executado em cumprir a sua obrigação. (NEVES, 2017)

Adotando uma postura receptiva diante da previsão legal inciso IV, do artigo 139, CPC/15, é possível reconhecer em primeiro que se trata de valioso instrumento para o efetivo cumprimento da obrigação e em segundo, que por si só não viola direitos fundamentais nem garantias do executado. Ressaltando que os princípios fundamentais inerentes ao executado não são absolutos justificando sua relativização diante de condutas desleais e ilícitas praticadas pelo executado.

Impõe-se dessa forma como um dos critérios a ser observado no momento da adoção das medidas executivas atípicas: a verificação prévia da ineficácia das medidas típicas previstas no diploma processual civil vigente.

Quanto a sua aplicabilidade, deverá ser sempre direcionada para a real finalidade, ou seja, a busca da efetividade, da satisfatividade com ob-

servância dos parâmetros estabelecidos pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e razoabilidade.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS E A ADI 5941

Considerando a anteriormente mencionada inexistência de limites ou de um rol exemplificativo das medidas atípicas a serem impostas pelo julgador na busca da efetividade na satisfação do direito do credor; os tribunais passaram a enfrentar questionamentos acerca dos requerimentos de apreensão de documentos pessoais, como carteira nacional de habilitação (CNH); bloqueio de cartões de crédito ou retenção passaporte em processos de execução.

A divergência nos tribunais se instaurou e se multiplicou em decisões favoráveis ao acolhimento das medidas justificadas pela efetividade do processo executivo e outras tantas em sentido contrário, pelo indeferimento de tais requerimentos sob o fundamento de violação de direitos fundamentais.

Os debates acerca da legitimidade ou mesmo inconstitucionalidade das medidas executivas atípicas se multiplicou culminando na propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), autuada sob o no 5.941, perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

O intuito do pleito é atacar as medidas executivas atípicas previstas no referido dispositivos legal que permitam ordenar a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte entre outras, pugnando pela declaração de inconstitucionalidade diante de uma potencial violação de princípios fundamentais previstos na Constituição Federal.

A justificativa para tal intento repousa no argumento de que a busca da efetividade da tutela executiva não pode prescindir da observância de princípios constitucionais como o princípio da dignidade humana, da proporcionalidade e razoabilidade.

Não se pode olvidar que, muito embora sejam legítimas as preocupações das partes com os efeitos práticos da efetivação de determinadas medidas executivas atípicas atingindo direitos e garantias dos executados, a opção legislativa integra o sistema processual civil vigente e, como tal deverá ser interpretada e orientada conforme o disposto no artigo 1º do CPC/15.

Ainda que permaneça a divergência sobre a adoção e os limites das medidas executivas atípicas, urge esclarecer que desde o início de sua vigência, os Tribunais Superiores no enfrentamento das questões tem fixado parâmetros para justificar o acolhimento de tais meios executivos, como a constatação de que o executado possui patrimônio suficiente para cumprir com a obrigação imposta ou que a decisão que ordenar quaisquer medidas atípicas apresente em sua fundamentação a necessária adequação às especificidades do caso concreto ou que seja observado o princípio do contraditório em todas as etapas do procedimento que culminou na adoção de tais medidas e por fim, mas não menos relevante que a adoção dos meios executivos atípicos se apresente subsidiariamente. Dessa forma a adoção é possível garantir que qualquer medida atípica que não se compatibilize com os parâmetros estabelecidos pelos tribunais e imponha uma constrição sem fundamento deverá ser indeferida.

Diante dos argumentos acima expostos é possível vislumbrar um esvaziamento na tese que sustenta o referido pleito que culminou na propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), autuada sob o no 5.941, perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

A opção do legislador ao inserir o IV do artigo 139, evidencia sua intenção de afastar a formalidade procedimental e impedir o engessamento de um rol taxativo, permitindo ao julgador impor soluções adequadas ao caso concreto. Alcançando resultados práticos mais eficientes e direcionados à efetividade do processo. Eventuais excessos ou violações são resultado de interpretações equivocadas e adoção de medidas atípicas desnecessárias e desprovidas fundamento e para essas situações é que devem ser dirigidas as devidas limitações. A limitação de que tratamos nessa reflexão deve ser imposta à interpretação do artigo e não ao dispositivo legal, e essa tarefa incumbe aos operadores do Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face as breves reflexões expostas constata-se a importância dos debates para se alcançar a interpretação mais adequada das medidas executivas atípicas previstas no CPC. Considerando a realidade da morosidade da prestação estatal e a necessidade de efetivação de mecanismos que atendam ao comando constitucional de efetividade.

Impõe-se uma ponderação adequada para garantia da efetividade da tutela executiva por meio de instrumentos idôneos que priorizem

a observância do princípio do contraditório e dos direitos fundamentais do devedor, mas também do credor.

Diante da opção legislativa de não fixar expressamente limites ao emprego das medidas executivas atípicas parte da doutrina defende que o parâmetro deve ser a observância dos direitos fundamentais sob o risco de causar insatisfação e disseminar um cenário de injustiça.

A ponderação que se impõe deve considerar que não se deve admitir o requerimento de medidas atípicas de forma indiscriminada por parte do credor, qualquer requerimento deve ser fundamentado na busca da efetividade, considerando a proporcionalidade da medida requerida e a utilidade do resultado que se pretende alcançar. Por outro lado também não deve permitir a negativa da aplicabilidade das medidas executivas atípicas exacerbando as garantias fundamentais do executado sob pena de legitimar condutas desleais e respaldar o descumprimento das ordens judiciais.

A resposta do legislador aos apelos da sociedade no enfrentamento da ineficácia dos meios típicos deve ser interpretada com observância dos requisitos apontados pelos Tribunais Superiores, contudo o dispositivo previsto no inciso IV do artigo 139 do CPC/15 deve ser aplicado de forma a salvaguardar não só os interesses do credor, mas também como instrumento de garantia de efetividade e segurança jurídica.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. PROFESSOR Araken de Assis afirma ser totalmente contrário aos poderes executórios atípicos. A efetividade da execução no âmbito do art. 139, IV, do CPC/15 foi tema de palestra em Brasília. Migalhas, 19 de abr. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI278711,11049->

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). Rel. Ministra Nancy Andrighi, RESP. Nº 1.782.418 - RJ (2018/0313595-7). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1817993&num_registro=201803135957&data=20190426&formato=PDF

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ).RHC 97.876-SP,Rel. Min. Luis Felipe Salomão.Disponível:https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC%2097.876.pdf.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2018.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Disponível:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015/2018/2015/lei/113105.htm

DELLORE, Luiz. *NCPC: Atipicidade de medidas executivas já é realidade*. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ncpc-atipicidade-de-medidas-executivas-ja-e-realidade-17042017>. Atualizado em 30/06/2017. Acesso em agosto de 2021.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. Vol. 5. Salvador: Jus Podivm, 2017.

_____ *Curso de processo civil: Execução*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume 2. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO Vitor Gomes Rodrigues de. *Medidas atípicas na execução de quantia e o Contempt of Court: da efetividade e dos limites na sua aplicação*. <https://www.migalhas.com.br/depeso/300358/medidas-atipicas-na-execucao-de-quantia-e-o-contempt-of-court--da-efetividade-e-dos-limites-na-sua-aplicacao>.

MITIDIERO, D. Código de processo civil: comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: Art. 139, IV, do novo CPC*. São Paulo: Revista de Processo, 2017.

RODOVALHO, Thiago. *O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos*. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-necessario-dialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016>. Acesso em agosto de 2021. STJ-Notícias. *Os meios atípicos de execução: hipóteses, requisitos e limites, segundo o STJ*. <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14112021-Os-meios-atipicos-de-execucao-hipoteses--requisitos-e-limites--segundo-o-STJ>. Acesso em agosto de 2021.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Cartabranca para o arbítrio?* 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca->. Acesso em agosto de 2021.

THEODORO Junior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*, 58ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Ramos, Newton. *Ainda a polêmica sobre as medidas e xecutivas atípicas previstas no CPC*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-ainda-polemica-medidas-executivas-atipicas> Acesso agosto de 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade*. <https://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade>. Acesso em agosto de 2021.

YARSHELL, Flávio Luiz; Et al. *O novo Código de Processo Civil: breves anotações para a advocacia*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2016.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR): O EFEITO VINCULATIVO DA DECISÃO PROFERIDA E O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES¹

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro²

SILVA, Larissa Clare Pochmann da³

OLIVEIRA, Maria Gabriela Borges de⁴

- 1 O presente artigo é fruto do projeto de iniciação científica “Jurisprudência e Precedentes no Direito Brasileiro e Comparado”, que teve bolsa da FAPERJ.
- 2 Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região; Professor Titular de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Professor Titular de Direito Processual no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá; Bolsista do Programa de Pesquisa e Produtividade da Universidade Estácio de Sá; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Brasília (UnB); Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Mestre em Direito pela Johann Wolfgang Universität (Frankfurt am Main, Alemanha); Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), em doutorado cooperativo com a Johann Wolfgang Universität (Frankfurt am Main, Alemanha); Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg (Alemanha); Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); Diretor do Instituto Ibero-americano de Direito Processual; Membro da *International Association of Procedural Law*; Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ). E-mail: aluisiomendes@terra.com.br. Líder do Grupo de Pesquisa “Ações Coletivas e Meios de Resolução Coletiva de Conflitos no Direito Comparado e Nacional”.
- 3 Pós-Doutora em Direito Processual pela UERJ. Doutora e Mestre em Direito pela UNESA. Advogada. Professora da UNESA e Professora Substituta na UERJ. E-mail: larissacpsilva@gmail.com. Líder do Grupo de Pesquisa “Tendências do Direito Processual Civil: jurisprudência e precedentes”.
- 4 Bacharelanda em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Foi bolsista de iniciação científica da FAPERJ do projeto de iniciação científica “Jurisprudência e Precedentes no Direito Brasileiro e Comparado”. E-mail: mariaagabriela@gmail.com.

RESUMO

O presente artigo analisa os precedentes vinculantes elencados pelo artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015 a partir da fixação da tese no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Palavras-chave: precedentes vinculantes; incidente de resolução de demandas repetitivas; tese jurídica; Código de Processo Civil de 2015.

1. INTRODUÇÃO

Com a edição do Código de Processo Civil de 2015, pode-se dizer que há um sistema de pronunciamentos qualificados, especialmente pela via de fixação de teses jurídicas, como instrumento para atingir a meta do legislador disposta no artigo 926: uma jurisprudência uniforme, íntegra, estável e coerente. Trata-se de uma técnica voltada à segura seleção de um entendimento jurisprudencial. O mais adequado é considerar que o julgamento não seja de demandas, mas de questões (jurídicas) comuns.

A referida previsão não pode ser considerada como um regime típico de *stare decisis*, ou seja, que os precedentes em geral passam a ter um caráter vinculativo no sentido vertical e horizontal. Mas, por outro lado, não existe apenas um mero efeito persuasivo nas hipóteses indicadas nos cinco incisos do art. 927.

O presente artigo analisa os precedentes vinculantes no Brasil a partir da fixação da tese no incidente de resolução de demandas repetitivas. Para isso, inicia a abordagem com o sistema de pronunciamentos vinculativos no Código de Processo Civil, passando, então, a abordar o tema especificamente a partir da fixação da tese jurídica no incidente de resolução de demandas repetitivas.

2. O SISTEMA DE PRONUNCIAMENTOS VINCULANTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

As hipóteses elencadas no art. 927 se justificam plenamente (MENDES, 2017, p. 97-99). Em primeiro lugar, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, possuem efeito *erga omnes* e caráter vinculativo para os órgãos judiciais e da Administração Pública, no âmbito federal, estadual e municipal, por determinação da própria Constituição da República, nos termos dos artigos 102, § 1º, e 103-A. Não poderia ser de outra maneira, ainda que não houvesse previsão expressa, porque o controle concentrado serve exatamente para isso, ou seja, se estabelecer uma decisão e segurança jurídica geral, e não apenas em relação às partes, quanto à constitucionalidade ou não da norma questionada. Do contrário, não haveria controle concentrado e abstrato nas ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade.

Do mesmo modo, os enunciados da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal prescindiriam da previsão contida no artigo 927. A

sua inserção, portanto, procurou apenas consolidar o sistema, permitindo-se, assim, uma imediata visualização das hipóteses vinculativas.

Mas, o Código pretendeu ir além. O inciso III trata, basicamente, de três institutos: a) recursos repetitivos; b) incidente de resolução de demandas repetitivas, *rectius*: de questões comuns, (IRDR), objeto do presente trabalho; e incidente de assunção de competência (IAC). Nas duas primeiras, adotou-se uma técnica de concentração, a partir de casos ou questões comuns, respectivamente, com a possibilidade de suspensão dos múltiplos processos que dependam da questão prejudicial pendente de uniformização.

Naturalmente, somente farão sentido os dois instrumentos (recursos repetitivos e IRDR), se a decisão proferida de modo concentrado for aplicada aos processos dependentes do pronunciamento estabelecido sobre a questão comum de direito.

Do mesmo modo, o incidente de assunção de competência (MENDES, PORTO, 2021, p. 2), nos termos do artigo 947 do CPC, prevê o deslocamento para órgãos mais amplos, que devem ter a competência para a uniformização da jurisprudência, para decidir questão de direito com grande repercussão social ou prevenir, preventivamente, o julgamento divergente por órgãos judiciais de questão que possa se tornar controversa em outros processos no futuro.

No inciso IV, o legislador ampliou a abrangência para os enunciados das respectivas súmulas, desde que versando sobre matéria constitucional, as do Supremo Tribunal Federal, e de matéria infraconstitucional, para as do Superior Tribunal de Justiça, em termos de direito federal. Preservaram-se, assim, as respectivas funções jurisdicionais, procurando-se evitar a possibilidade de dupla vinculação ou de sobreposição de comandos, ainda que, na prática, possa existir certa controvérsia sobre a natureza da matéria sumulada.

Na mesma direção, o inciso V contempla uma uniformidade no posicionamento do Tribunal. Em vários países, esta preocupação chega a se materializar, nos julgamentos colegiados, mediante a divulgação apenas do pronunciamento da corte, não se disponibilizando os votos vencidos. Além da coesão do tribunal, busca-se a adesão dos órgãos fracionários e vinculados, pois a manutenção do entendimento divergente somente iria protrair a duração dos processos, com a necessidade de interposição de recursos, para que se possa efetivar, no caso concreto, o posicionamento já dominante em órgão colegiado mais amplo e representativo do tribunal.

O caráter vinculativo para determinados pronunciamentos judiciais, disposto no artigo 927 CPC, se afigura em conformidade com a ordem constitucional. Mas, não deixa de representar uma ruptura com a cultura e os paradigmas estabelecidos na comunidade jurídica, de que se pode e se deve sempre ajuizar uma demanda, resistir a uma pretensão ou interpor um recurso, ainda que contra o entendimento dos tribunais, não se impondo limites à inconformidade.

E, por consequência, isso faz com que a sociedade, em geral, e os profissionais do direito, em particular, passem a exercer um controle ainda maior quanto à estruturação, funcionamento e composição dos tribunais, para que a sua organização e os seus quadros estejam sempre à altura dos novos tempos e das novas exigências.

3. A FIXAÇÃO DA TESE JURÍDICA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O escopo central do incidente de resolução de demandas repetitivas (MENDES, 2017, p. 233-242) é a elucidação da questão, ou questões, de direito sobre a qual, ou quais, pendem múltiplos processos. O resultado será a fixação de tese jurídica, ou teses jurídicas, que permitam a resolução dos processos que aguardam o julgamento representativo da controvérsia.

O incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser, em termos de extensão e profundidade, de fato, representativo da controvérsia. Isso significa que os fundamentos relacionados às teses apresentadas devem ter sido debatidos e apreciados, em homenagem ao contraditório. Do contrário, ainda que o tema possa provocar certa discussão, o efeito vinculativo poderá ser afastado, diante da distinção entre os fundamentos, enfraquecendo e reduzindo assim o alcance da tese firmada e do resultado pretendido. Por isso, de grande importância o comando contido no § 2º do art. 984 do Código de Processo Civil, no sentido de que o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

A aplicação envolve operação cognitiva com certa complexidade e deve ser sempre devidamente fundamentada. Em primeiro lugar, porque representa a análise e comparação quanto à aplicabilidade da tese firmada ao caso concreto. O efeito vinculativo estabelecido encontra-se limitado, naturalmente, às questões e fundamentos que tenham sido suscitados e analisados no incidente de resolução de demandas repetitivas. Portanto, havendo a subsunção dos fundamentos invocados pelas partes,

no caso concreto, aos enfrentados e decididos no IRDR, caberá ao órgão judicial efetuar a aplicação da tese, não podendo dela se distanciar e devendo efetuar a devida motivação quanto a este enquadramento. Se a decisão deixar de se manifestar sobre a tese firmada e que deveria ser aplicada, a parte poderá interpor embargos de declaração, com fulcro no art. 1.022, inciso II c/c o parágrafo único, inciso I, do novo estatuto processual, por se tratar de omissão expressamente prevista.

Não haverá enquadramento e, portanto, efeito vinculativo, se o tribunal que julgar a questão, no incidente de resolução de demandas repetitivas, não houver enfrentado e se pronunciado sobre fundamento existente no caso concreto. Neste caso, o magistrado poderá se afastar da tese fixada se adotar fundamento não analisado no incidente. Na hipótese, o efeito será meramente persuasivo.

Se não efetuar a fundamentação quanto à subsunção, o pronunciamento judicial incorrerá em violação quanto à fundamentação, nos termos do art. 489, § 1º, inciso V, parte final, do CPC. Esta omissão foi expressamente tipificada no novo Código de Processo Civil, nos termos do inciso II do parágrafo único do art. 1.022, sendo cabível, portanto, embargos de declaração.

Sendo hipótese de distinção ou de superação, haverá, naturalmente, a necessidade de ser exposta a devida fundamentação no sentido da inaplicabilidade da tese ao caso concreto em julgamento ou da formulação de novos fundamentos que denotem que a tese não deve mais ser aplicada, em razão de modificações ocorridas, como, por exemplo, a decorrente de alteração legislativa. No campo doutrinário, sempre foi polêmica a possibilidade de órgão inferior superar entendimento formulado por tribunal que se situe em condições de revisar o entendimento do primeiro. Entretanto, no CPC-2015, a previsão contida no inciso VI, do § 1º, do art. 489, parece autorizar a prática, diante de qualquer restrição ou limitação neste e em qualquer outro dispositivo do novo estatuto. Esta possibilidade, de superação, precisa ser aplicada comedidamente, pois, do contrário, se realizada pelo tribunal que firmou o precedente, acabará tornando letra morta a norma, ainda que programática, estabelecida no art. 926 do CPC. Se realizada em demasia pelo juiz de primeiro grau ou pelos tribunais superiores, o sistema de precedentes vinculativos estará correndo sérios riscos.

A inobservância de tese fixada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ou no julgamento de recursos repetitivos também

enseja o ajuizamento de reclamação, nos termos do art. 988, inciso VI, do Código de Processo Civil. A Lei nº 13.256 modificou o inciso II do § 5º do art. 988, para estabelecer que é inadmissível a reclamação proposta para garantir a observância de acórdão proferido em sede de recursos repetitivos quando não esgotadas as instâncias ordinárias. Portanto, as partes deverão fazer uso prévio dos meios de integração supramencionados, dos recursos existentes ou demonstrar a impossibilidade de meios ordinários para a observância da tese, sem deixar que haja o trânsito em julgado, pois, neste caso, a reclamação também é considerada inadmissível.

4. A TESE JURÍDICA FIXADA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E OS PRECEDENTES VINCULANTES

A tese fixada no julgamento de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas possui um reforçado comando geral no sentido de observância e vinculação, vertical e horizontal, por parte de todos os órgãos jurisdicionais situados no âmbito territorial do respectivo tribunal. Nos artigos 927 e 985 do CPC-2015, a norma é expressa ao determinar a observância e aplicação da tese fixada na decisão de mérito proferida no IRDR a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem (inciso I do art. 985) ou venham a tramitar (inciso II do art. 985) na respectiva área do tribunal. Por fim, no art. 988, inciso IV, o estabelecimento de medida para a garantia da observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas.

O comando vinculativo se encontra dirigido especialmente aos órgãos do Poder Judiciário. Contudo, as decisões judiciais estão aptas a produzir efeitos em relação a terceiros, como as agências reguladoras, que são expressamente mencionadas nas normas processuais. Espera-se, portanto, que o entendimento judicial firmado produza a irradiação de efeitos, de modo preventivo. Neste sentido, claro está em todos os dispositivos relacionados ao sistema de julgamento de demandas ou casos repetitivos no Código de Processo Civil que os órgãos judiciais estão vinculados à decisão de mérito proferida no IRDR e à sua respectiva aplicação nos casos concretos, presentes ou futuros. Com a ressalva quanto a estes últimos, de que poderá ocorrer a revisão da tese firmada ou mesmo a sua inaplicabilidade em razão das técnicas de distinção e superação, como será analisado nos capítulos futuros sobre a aplicação e a revisão da tese.

A previsão contida no § 2º do art. 985 não representa vinculação dos órgãos externos ao Poder Judiciário, em especial a Administração Pública, pois se trata de mera comunicação de decisão relevante tomada pelo Poder Judiciário, tendo assim mero efeito persuasivo, para que o órgão ou agência reguladora, possuindo norma no sentido de se autovincular a decisões judiciais qualificadas ou mesmo em juízo próprio de legalidade, realize a fiscalização no sentido do cumprimento da legislação, segundo a interpretação firmada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Para que houvesse a vinculação dos demais Poderes ou dos respectivos órgãos, seria necessária a respectiva previsão constitucional.

A tese será aplicada, com efeito vinculativo, no âmbito do respectivo tribunal, em sentido horizontal e vertical. Portanto, se não houver a interposição ou julgamento de recurso especial ou extraordinário, a observância da tese estará limitada aos órgãos judiciais na área do respectivo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, inclusive aos concernentes juizados especiais. Registre-se que a tese fixada poderá, naturalmente, ter efeito persuasivo em relação aos juízos situados fora da área de jurisdição do tribunal que tenha julgado o incidente.

Especificamente a partir da tese fixada no incidente de resolução de demandas repetitivas (MENDES, 2021, p. 42-52), pode-se observar que os precedentes vinculantes no Brasil podem ser descritos a seguir:

1) Os precedentes vinculantes foram legalmente estabelecidos, em razão do primado da lei, fixado na Constituição nacional. Nos países do *common law*, o *stare decisis* não foi criado por lei, porque naturalmente concebido que deve ser mantido, nos casos futuros, o que já se encontra fixado em decisões judiciais anteriores. Como se sabe, em termos históricos, o direito possui como base o costume e não as normas escritas, embora, atualmente, também legisle com regularidade, em virtude da recíproca aproximação entre os sistemas. É certo que alguns países possuem normas escritas sobre os precedentes. Na Inglaterra, a *House of Lords* já editava *statements* e hoje a Suprema Corte também o faz. Porém, para o ordenamento pátrio foi importante a previsão legal, afastando ou enfraquecendo a possibilidade de alegação quanto a eventual inconstitucionalidade e, também, deixando o novel instituto dos precedentes mais claro e sistematizado.

Registre-se que o Código de Processo Civil fixou um sistema de precedentes conjugado com a gestão de julgamento de questões comuns ou repetitivas, o que contribui para o melhor funcionamento do sistema

judicial. O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), por exemplo, pode ensejar a suspensão ou não de demandas que dependam da resolução da questão de direito comum controversa e prejudicial para os denominados “processos paralelos”, mas a tese fixada no incidente formado para a uniformização deve ser necessariamente aplicada aos processos individuais em que se discute a questão objeto de anterior controvérsia.

2) O legislador teve o cuidado de estabelecer alguns procedimentos e hipóteses que levam ao precedente de observância necessária, dentro do rol fixado no artigo 927 do Código de Processo Civil, ao contrário do que ocorre no *common law*. Nos países de direito consuetudinário, qualquer causa pode ensejar o estabelecimento de um precedente. No Brasil, há a necessidade de um determinado procedimento, para que a tese fixada seja fruto de uma divulgação e amadurecimento especial, de modo a ensejar o conhecimento e potencial acompanhamento pelos interessados, com o fortalecimento das possibilidades para o contraditório e o debate sobre as diversas perspectivas e fundamentos, propiciando, em tese, um pronunciamento amplo e profundo pelo respectivo órgão judicial.

3) O legislador estabeleceu um procedimento concentrado em torno da identificação de questões controversas e da resolução dessas, com a formulação de teses, para facilitar o entendimento dos julgamentos e das conclusões firmadas. Na Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) ou na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) são questões de direito, no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e nos recursos repetitivos também se está diante de uma controvérsia na interpretação de normas jurídicas como uma questão prejudicial para a resolução do mérito ou de impasse processual surgido. Houve a preocupação com a fixação de um procedimento com as garantias necessárias, importantes, para que possa ocorrer a formulação do precedente, a partir de uma análise ampla e profunda pelo órgão judicial.

4) A definição mais precisa e clara em torno do conteúdo do precedente, consubstanciado na tese e, também, na *ratio decidendi*. No sistema brasileiro, a preocupação era a de não se seguir o modelo dos países de *common law*, porque lá só se sabe que há um precedente depois, quando um outro ou o mesmo órgão julgador vai decidir uma questão e verifica um outro caso anterior julgado de determinado modo, aplicando o precedente. Para se descobrir o precedente e a respectiva *ratio decidendi* nem sempre é fácil, porque eles não trazem à baila uma tese dizendo qual era a questão, qual foi a conclusão e quais são as circunstâncias, o sentido objetivo, e isso dificulta. Os profissionais do Direito têm de ler o acórdão

e extrair a conclusão, sendo que nem sempre é fácil e há um consenso até na interpretação quanto às conclusões e aspectos essenciais do julgado, trazendo dúvida do alcance, do sentido e do conteúdo do precedente nos países de família consuetudinária.

No Brasil, preocupou-se com especificação, definição e clareza da questão de direito, desde o início, para que o tribunal a resolva, com a fixação de uma tese objetiva, elencando a conclusão e as circunstâncias em que aquele entendimento deve ser utilizado, porque isso facilita para o juiz, o tribunal, o advogado, a parte e para a sociedade. O objetivo do precedente, sobretudo o precedente vinculante, é a segurança jurídica. É preciso compreender qual é a interpretação firmada, proporcionando isonomia e economia processual.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tese jurídica (enunciado) firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser considerada como resultado de uma técnica concentrada para o estabelecimento do entendimento do tribunal com efeito vinculativo em relação aos órgãos situados no seu âmbito material, funcional e territorial e com efeito persuasivo no que diz respeito aos demais órgãos judiciais.

O enunciado estabelecido no incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser concebido como a expressão de uma nova concepção de jurisprudência, porque passa a ser o entendimento firmado no âmbito do tribunal sobre uma determinada questão de direito, desprezando-se, no conceito de jurisprudência, o elemento da reiteração de decisões, considerando-se que os tribunais, no direito processual contemporâneo, dispõem de instrumentos mais diretos e concentrados para a uniformização da jurisprudência e formação de precedentes vinculantes.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2017.

_____. Jurisprudência e Precedentes no Direito Brasileiro: panorama e perspectivas. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22, 2021, p. 42-52.

_____. O Sistema Brasileiro de Precedentes, o Processo Penal e o Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça para o Fortalecimento dos Precedentes. In: Guilherme Madeira; Gustavo Badaró e Rogério Schietti Cruz. (Org.). *Código de Processo Penal: Estudos Comemorativos aos 80 anos de Vigência*. 1ed. São Paulo: Editora RT, 2021, v. 2, p. 713-726.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; ALVIM, Teresa Arruda. *Direito jurisprudencial*. Volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; PORTO, José Roberto Mello. *Incidente de Assunção de Competência*. 2.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

_____; _____. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e perspectivas*. Salvador: Juspodivm, 2020.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM RELAÇÃO A ADPF NÚMERO 848

LIMA, Marcelo Machado Costa

PONTES, Maria Clara Dutra

SANTOS, Kerolin Bezerra Dos

SERPA, Daniel Maçana

RESUMO

O presente artigo tem como seu objeto de estudo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 848, no qual se fundamentava a suspensão da obrigatoriedade dos Governadores dos estados membros da federação a depor na Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Pandemia Covid-19. A metodologia em que se pautou o estudo, com abordagem qualitativa e presença de elementos descritivos e explicativos, destinou-se a buscar um melhor entendimento dos fundamentos constitucionais em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal conferiram aos seus votos na referida ADPF, além dos argumentos utilizados pela parte impetrante (Governadores) que embasaram a suspensão dos mesmos em deporem na “CPI”, no qual o Supremo Tribunal Federal, ao decidir em favor dos Governadores, atuou por delimitar os espaços do princípio federativo, exercendo função destinada ao próprio Poder Legislativo, em posse ainda do seu caráter de Guardiã da Constituição.

Palavras-chave: Princípio Federativo; ADPF 848; Controle de Constitucionalidade; CPI da Pandemia.

1. INTRODUÇÃO

O estudo em tela tem a pretensão de analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 848, em que Governadores de 17 Estados e Distrito Federal impetraram a referida ação, com pedido liminar, para que houvesse a suspensão da convocação de governadores para depoimento perante a denominada Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Covid-19.

Argumentaram que a convocação de chefes do Poder Executivo para depor em Comissão Parlamentar de Inquérito implicaria em lesão à cláusula pétrea referente à separação de poderes, além do que, a competência fiscalizatória do Poder Legislativo federal estaria restrita ao âmbito da Administração Pública Federal. Importa conceder relevo, então, à importância do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle de constitucionalidade, como guardião da Constituição Federal e como delimitador dos espaços do pacto federativo.

O princípio federativo é assegurado, principalmente, nos artigos 1º e 18 da Constituição Federal de 1988, sendo relevante lembrar que, no caso em análise, a questão de fundo que se coloca é a possibilidade de que a interferência da esfera federal no âmbito da esfera estadual desencadeie processo de desequilíbrio na repartição de poderes, bem como um inadequado funcionamento do sistema de freios e contrapesos, consagrados pelas formulações de Montesquieu, mas desenvolvida plenamente nos últimos três séculos.

Na Constituição Federal de 1988, a mencionada teoria se apresenta condensada no sintético artigo 2º, que informa que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si e é desenvolvida no decorrer dos diversos artigos que tratam da organização do Estado, mais precisamente quando estabelecem as competências de cada um dos principais atores da República.

Nessa linha, afirma o artigo 50, *caput*:

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificativa adequada.

Já o §2º do referido artigo 50 informa que:

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no *caput* deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.

Também é fundamental lembrar a letra constitucional quando, no artigo 58 do texto constitucional, afirma que “O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação”. Assim, as comissões, em razão da matéria de sua competência, podem “convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições” (Art. 58, §2º, III, CF).

Assim, consoante o que está estabelecido na Carta Federal de 1988, de toda a definição teórico-doutrinária construída e, ainda, no âmbito da própria construção histórica que vem sendo submetida a formação federativa brasileira desde sua gênese no ano de 1889, é necessário que se defina, de forma mais cristalina, as fronteiras jurídico-políticas do princípio federativo a partir da própria definição normativa estabelecida pelo poderes constituintes originário, derivado reformador, derivado difuso e, até mesmo, os derivados decorrentes (SOUZA NETO, SARMENTO, 2013, p.335).

Além disso, sabe-se que tema fundamental intrinsecamente relacionado com a questão federativa (e sua extensão) é a da autonomia dos entes, mais propriamente no que se refere às suas delimitações, competências e, conseqüentemente, suas possibilidades de atuação. Neste diapasão, é de fundamental importância que o espaço de autossuficiência dos entes federativos seja demarcado, não só em relação aos poderes que uma comissão parlamentar de inquérito possui em face dos entes federativos, mas principalmente no que diz respeito à própria discussão sobre o tipo de federalismo que a República Federativa do Brasil busca adotar.

Por esta razão, considera-se que as argumentações trazidas pela Corte Constitucional brasileira, no âmbito da supramencionada ADPF 848, auxiliam na própria reflexão que o tema suscita, razão pela qual apresentamos as linhas desenvolvidas pelos Ministros do Supremo Tribunal

Federal, que servem de apoio para uma melhor compreensão sobre a configuração que o pacto federativo assume no Brasil.

2. AS LINHAS ARGUMENTATIVAS SUSTENTADAS NA ADPF 848

Inicialmente, importa destacar que a Relatoria da ADPF 848 foi direcionada à Ministra Rosa Weber. Ela, em 21/06/2021, deferiu medida cautelar suspendendo as convocações dos Governadores dos Estados-membros pela CPI da COVID-19. Nessa linha, estabeleceu que a presença destes não estava circundada de um caráter obrigatório, sendo que o comparecimento destes até poderia ocorrer, porém, de forma voluntária.

Levada a questão ao Colegiado, a Ministra Rosa Weber, na condição de relatora, teve a oportunidade de desenvolver mais amplamente suas linhas argumentativas, conforme passamos a apresentar. Inicialmente, ressaltou que a CPI, por possuir poderes investigatórios típicos das autoridades judiciais, “têm os mesmos poderes, com a ressalva, apenas, das hipóteses de reserva de jurisdição”. Dessa forma, encontra-se ela vinculada às normas constitucionais e legais de proteção do investigado, ou seja, não apresentam poder “encorpado” em relação os órgãos inerentes à persecução penal. Logo, como não poderia deixar de ser, mesmo com os poderes típicos de investigação, as CPIs devem respeito aos direitos fundamentais, às leis, ao princípio (constitucional) federativo e, como natural decorrência deste, ao princípio da autonomia dos Estados-membros.

No tocante à separação e independência dos poderes, consagrada pela Constituição Federal em seu art. 2º, e configurado como pétreo pelo art. 6, §4º, III, a Cara Magna outorgaria aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, autonomia e independência. No entanto, com base em uma desejável harmonia entre eles, estipulou métodos de equilíbrio, com a adição do sistema de freios e contrapesos, de forma a impedir a arbitrariedade e a prática de abuso pelas autoridades estatais.

Colocando-se a presente discussão no âmbito da Comissão Parlamentar de Inquérito, entendeu a referida Ministra que para que se mantenha o equilíbrio entre os órgãos de soberania do Estado, o Poder Legislativo deve possuir uma função subsidiária de investigar, devendo reunir informações estratégicas e formar conhecimento adequado acerca de matérias inseridas na competência legislativa. Assim, teria sido com esse propósito que a Constituição Federal, em seu art. 58, §3º, conferira “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.

A controvérsia no caso em discussão envolveria o poder de convocar testemunhas, que, como se sabe, não possuem as mesmas prerrogativas das pessoas investigadas. Estariam estas testemunhas sujeitas à obrigação de comparecer perante o órgão de investigação parlamentar, quando regularmente intimadas, podendo ser submetida à condução coercitiva, além de pagamento de multa e condenação pelo crime de desobediência, quando caracterizado o falso testemunho ou o silêncio injustificado.

Neste ponto, os artigos 3º, §1º e 4º, II da Lei nº 1.579/52 fortaleceriam tal entendimento sobre o comportamento de uma testemunha frente a uma CPI. Ainda assim, por mais que o CPP estabelecesse que “toda pessoa poderá ser testemunha”, art. 202, existiriam exceções que assegurariam que certas pessoas, não só possuiriam direito de não depor como testemunhas, mas até mesmo, poderiam deixar de se comprometer de falar a verdade.

No tocante aos próprios congressistas, possuiriam estes isenção da obrigatoriedade de testemunhas (conforme o art. 53, §6º da Constituição Federal) em razão da função que exerce. Assim, o Poder Judiciário vem interpretando a necessidade de conceder tratamento diferenciado ao membro do Poder Legislativo, afirmando que o parlamentar será convidado a testemunhar e, com base na expressão “não poderão ser obrigados a testemunhar”, jamais compelido a fazê-lo.

Também o Presidente da República possuiria prerrogativas especiais. Dentre elas a impossibilidade de convocação pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, ou qualquer de suas comissões, de acordo com a normatização implícita presente nos art. 50, *caput* e §2º, além do art. 58, §2º, III da Constituição Federal. Isto porque, o próprio texto constitucional restringe o alcance das convocações aos Ministros de Estados e agentes públicos diretamente subordinados, sendo, em interpretação da Ministra Rosa Weber, a ausência do Presidente da República, uma omissão constitucional voluntária e consciente do constituinte.

Portanto, tal prerrogativa concedida ao Presidente da República também se estenderia aos Governadores de Estado por ostentarem estes a condição de Chefe do Executivo em cada Unidade Federativa. Destaca-se, então, que o Presidente da República e os Governadores de Estado não respondem por infração político-administrativa se deixarem de atender pedidos de esclarecimento emanados dos órgãos do Poder Legislativo, uma vez que tais convocações carecem de fundamento legal/constitucional.

A Ministra acrescentou que, no que se refere ao princípio federativo e ao princípio da lealdade à federação - o qual deve atuar como mecanismos de correção e de alívio das tensões inerentes ao Estado Federal -, obrigam eles cada parte a considerar o interesse das demais e o do conjunto, fomentando uma relação construtiva, amistosa e de colaboração. Tais princípios se consubstanciariam em um filtro à liberdade da União e dos Estados no exercício de suas competências, de modo a evitar abusos.

Direcionando a análise casuística, o pacto federativo não teria o intuito de gerar uma submissão dos Estados-membros à União, mas sim o de promover um dever de confiança e respeito em relação aos demais entes federativos. Desse modo, a possibilidade de impor a Governadores de Estado o comparecimento coativo frente a órgãos de investigação parlamentar, mesmo que fosse possível, seria considerada, por esta visão, uma “*ultima ratio*”.

Porém, segundo a Ministra, far-se-ia clara a possibilidade (permitida pela Constituição Federal e pela legislação ordinária) das CPIs convidarem dos Governadores de Estado para que se apresentem voluntariamente. Poderiam também convocar os secretários de governo, além de requisitar documentos. Nessa linha, a oitiva de governadores somente poderia ocorrer mediante ajuste prévio, na própria sede da administração pública estadual, ou qualquer outro lugar mais conveniente combinado em comum acordo.

Entretanto, a via de convocação com carácter coercitivo demonstrar-se-ia injustificável diante da autonomia titularizada pelos Estados-membros, do equilíbrio federativo e da harmonia no âmbito das relações interestaduais. Por esta razão, não haveria de se falar, por falta de norma constitucional autorizadora, na possibilidade de impor aos Chefes do Poder Executivo Estadual o dever de prestar esclarecimentos e oferecer explicações de forma compulsória. Tal situação seria fator de transgressão à autonomia explicitada e assegurada pela própria Constituição Federal e em desrespeito a harmonia que deve reger as relações federativas.

Afirmou a Ministra que, no que está relacionado à aplicação de valores repassados pela União aos Estados-membros no âmbito das políticas públicas estaduais para o controle do Coronavírus, a convocação dos Governadores para prestarem contas não seria justificável, uma vez que a competência para julgar tais contas dos Governadores de Estado, em relação às verbas repassadas pela união, cabe ao Tribunal de Contas da União.

Importa ressaltar que, segundo a Ministra, o Tribunal de Contas possuiria atribuições autônomas em relação aos administradores e gestores de recursos repassados à União. Há nesse caso a necessidade de distinguir duas situações: a) o julgamento político das contas anuais e de gestão dos Governadores de Estado, realizado pelas Assembleias Legislativas com parecer prévio da Corte de Contas (estaduais) e b) o julgamento técnico realizado pelo Tribunal de Contas da União, referente à administração de verbas repassadas pela União aos Estados-membros.

Já nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, o federalismo brasileiro opta pela descentralização política, criando espaços para liberdade de atuação dos entes federados. Dessa forma, os Estados e o Distrito Federal gozariam de autonomia, mesmo que uma autonomia flexibilizada pela Constituição Federal.

Segundo o referido ministro, “não cabe potencializar a competência do Congresso Nacional para fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo”, uma vez que o modelo do federalismo brasileiro é cooperativo. Logo, mesmo que as CPIs tenham poderes de investigação típicos das autoridades judiciais, o Congresso Nacional deve atuar no campo federal. Por isso, não se faria válida a convocação do Governador de estado, uma vez que tal ato poderia configurar uma intervenção nas unidades da federação, ampliando as situações exaustivamente previstas no art. 35 da Carta Federal.

Relativamente à atuação do Tribunal de Contas da União, esse deve atuar no controle externo, colhendo contas dos administradores como órgão auxiliar do Congresso. O Ministro se pronunciou também sobre a possibilidade de recusa dos governadores de comparecer de forma obrigatória. Afirmou estar em acordo apenas com a participação voluntária dos Governadores de Estado e do Distrito Federal, assegurando como legítima a manifestação de recusa em comparecer.

O Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, destacou que as Comissões Parlamentares de Inquérito devem respeitar a Separação de Poderes, que se faz presente no Poder Federativo, por meio da teoria de freios e contrapesos. Neste sentido, defendeu que as “gestões da coisa pública devem ser fiscalizadas pelos respectivos legislativos” (ACÓRDÃO, p. 57).

Nesse viés, apesar da necessidade de cooperação entre os Poderes instituídos na federação brasileira, seria evidente a ideia de que os Chefes do Poder Executivo de instância federativa diversa não poderiam ser convocados, nesse caso específico, pelo órgão de Poder Legislativo federal.

Como destaca o Ministro, caberia a “análise da responsabilidade político-administrativa dos governadores dos Estados-membros ao Poder Legislativo local” (ACÓRDÃO, p. 59). Aliás, apesar de presente o instituto da intervenção no atual sistema jurídico-constitucional, este é excepcional.

Ao acompanhar o voto da Relatora, o Ministro Alexandre de Moraes deu causa à argumentação de que apesar de que em um contexto pandêmico naturalmente recursos federais poderem ser utilizados pelos Governos Estaduais, estes, ao responderem por suas ações, estão sujeitos à “fiscalização e controle político perante as Assembleias Estaduais” (ACÓRDÃO, p. 61). Quanto à consideração acerca da competência do TCU para julgar os recursos públicos, o Ministro não descartou a possibilidade da CPI tratar de fatos relacionados à utilização de tais recursos, ou seja, não haveria limitação à investigação de tais fatos.

Também o Ministro Gilmar Mendes, em sua manifestação, acompanhou a linha desenvolvida pela Relatora, apresentando, no entanto, duas ressalvas acerca da fundamentação por ela proferida.

Em uma primeira ressalva, afirma que a Relatora acertou ao expor que, com embasamento jurídico-legal, que nem todos possuíam o mesmo dever de testemunhar. Todavia, a situação proveniente da ADPF analisada não apresenta incidência no art. 50, (*caput* e § 2º), nem do art. 58, § 2º, III, CF - utilizados pela Relatora em seu voto-, pois tais artigos estariam voltados aos poderes de indagação e interpelação que permitiriam ao Poder Legislativo a condução das Comissões Parlamentares de Inquérito. No caso, defendeu ser suficiente a fundamentação por meio do princípio de separação dos poderes.

Em um segundo momento, apresentou ressalva quanto ao fundamentado apontado pela Relatora nas fls. 22-26, que afirmara que a atuação da Comissão Parlamentar de Inquérito, ao convocar os Governadores de Estados-membros, estaria invadindo atribuições que seriam exclusivas do Tribunal de Contas da União (TCU). Segundo o Ministro, o controle desenvolvido pela CPI “em muito se distancia daquele controle financeiro, orçamentário e patrimonial previsto nos art. 70 e art. 71, CF/88, titularizado pelo mesmo Congresso, para o que é auxiliado pelo Tribunal de Contas da União” (ACÓRDÃO, p.78).

Para Gilmar Mendes, o controle parlamentar seria, antes de qualquer um, controle político. Nessa linha, o controle político não poderia se sobrepor ao controle administrativo e, dessa maneira, não invadiria a competência do TCU. Dessa maneira, a impossibilidade jurídica de con-

vocação dos Governadores para depor se daria, na realidade, com o fundamento na autonomia política dos entes federados, com base nos art. 1º c/c art. 18, ambos dispositivos da Constituição Federal de 1988.

Em relação ao voto do Ministro Nunes Marques, embora tenha apresentado muitos posicionamentos específicos que conflitam com os fundamentos do voto da Relatora, sua posição final acabou por convergir com esta. Assim, desaprovou a possibilidade de decretação de prisão ou indisponibilidade de bens dos governadores, defendendo a estes tratamento respeitoso e a devida deferência que o exercício do cargo exige. Porém, algumas ressalvas foram levantadas, conforme passaremos a apresentar.

Uma questão levantada pelo Ministro foi aquela que diz respeito a se a CPI de âmbito federal estaria (ou não) apta a investigar a malversação de verbas públicas federais repassadas a outros entes e por eles aplicadas. Nunes Marques externou entendimento de que isso seria possível, posto haver nítido interesse da União. Na verdade, os recursos repassados aos Estados e ao Distrito Federal, seriam federais e, no caso, não seriam incorporados ao patrimônio dos Estados e do Distrito Federal. Com isso, decorreria o dever de entes subnacionais prestarem contas ao Tribunal de Contas da União e à Controladoria-Geral da União, e não apenas aos órgãos locais. Caso os fatos narrados constituíssem crime, caberia aos órgãos federais de persecução penal executarem as investigações e apurações.

Alegou ainda que, na CPI, o Poder Legislativo exerce função atípica, tendo em vista que detém poderes investigativos próprios das autoridades judiciárias. Conforme o MS 23.452, a CPI Federal teria a competência para indagação probatória para a possível malversação de recursos públicos federais, ainda que esses tenham sido repassados aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios.

Por isso, defendeu não prosperar a tese de que apenas o TCU poderia investigar os fatos do caso em tela. O Ministro enfatizou seu argumento, exemplificando com o entendimento firmado pela Corte Suprema no HC 100.341 de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Para Nunes Marques, conforme diz expressamente o artigo 71, inciso VI da Constituição Federal de 1988, o Tribunal de Contas da União possuiria competência fiscalizatória no que tange a recursos repassados pela União mediante o convênio, ajuste ou outros.

Mesmo que o constituinte tenha ressaltado a importância do TCU, ele não excluiu a competência direta do Congresso Nacional para fiscalizar a destinação de recursos da União, deixando claro, que o que

importa é a origem da verba, no caso, pública e federal. Segundo o Ministro, no Brasil o dever de transparência na gestão de verbas públicas está intrinsecamente ligado aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos expressamente no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988.

Em outro posicionamento interessante, o Ministro entendeu que a aplicação simétrica das prerrogativas do Presidente da República aos Governadores não deve receber amparo, pelas atribuições e funções do cargo serem diferentes, além de tal imunidade decorrer do próprio cargo, uma vez que, em nosso sistema constitucional, cumula as funções de Chefe do Poder Executivo e Chefe de Estado. É que a soberania de um país não poderia ser confundida com a autonomia dos estados. Por esta razão, não se sentia impressionado pelo argumento de que à CPI federal estaria vedada a possibilidade de investigar governadores.

Ademais, citando o exemplo acerca da competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar os Chefes do executivo de Estados-Membros e a investigação realizada pela Polícia Federal, alegou que o constituinte originário não entendeu a autonomia dos Estados-Membros como impeditivo para o processamento e julgamento dos Governadores por órgãos federais. Dessa forma, a tese de que a autonomia impediria a investigação por órgãos federais, assim como pela CPI, não possuiria respaldo constitucional.

Em outra posição merecedora de atenção, o Ministro Marques Nunes afirmou que, no que tange à separação dos poderes, tal princípio, apenas, não pode ser chamado para justificar a dispensa de autoridade para depor como testemunha. Lembrou que o art. 202 do Código de Processo Penal expressamente afirma que “Toda pessoa poderá ser testemunha”. Do princípio do republicanismo decorre a impossibilidade de haver cidadão privilegiado ou intocável, assim como derivado da isonomia. Assim, a proibição de convocação para testemunhar, sob o argumento de preservar a separação dos poderes, apenas seria cabível “ante ameaça concreta de ingerência de um poder constituído sobre outro”.

Apesar de todas essas colocações, acabou por destacar que, na condição de investigados, os Governadores de Estado não têm o dever de comparecer, seguindo o entendimento firmado na ADPF 444. Assim, por ser inconstitucional a condução coercitiva de investigados, estaria garantida aos governadores a faculdade de comparecer (ou não) para o ato que foram convocados.

De toda forma, reiterou seu posicionamento de que a CPI pode investigar eventuais má-gerências de verbas públicas federais, ainda mesmo que repassadas aos Estados, Distrito Federal e/ou Municípios. Além disso, governadores de Estados e do Distrito Federal possuiriam o dever de prestar depoimento apenas na condição de testemunhas, sem ficarem sujeito a ameaças de decretação de indisponibilidade de bens ou prisão, além de, como já anteriormente dito, terem que ser tratados com o respeito e deferência que o cargo pressupõe.

No que tange ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso, sustentou ele que a decisão da Relatora se baseou no princípio da separação de poderes e do princípio federativo, ambos considerados cláusulas pétreas, nos termos da Constituição Federal de 1988. Com isso, o dever de testemunhar não recairia sobre todos com a mesma intensidade. Ademais haveria outras formas menos invasivas para a investigação dos fatos, como o convite aos Governadores, a convocação de Secretários do Estado, a requisição de documentos, entre outros.

O Ministro Barroso, a princípio, reconheceu a impossibilidade de convocação de Governadores de Estado por CPI instaurada pelo Senado Federal. Salientou que adere ao entendimento da Relatora quando no item 13 teria ela pontuado a competência exclusiva do Tribunal de Contas da União, conforme artigo 71, inciso II, da Constituição Federal de 1988, para julgar as contas de administradores e demais responsáveis por verbas federais. Com isso, defende que os governadores prestam contas diretamente ao TCU e não ao Congresso Nacional. Ressalte-se, no entanto, que o Ministro expressou entendimento no sentido de que a competência constitucional do TCU de julgar contas de administradores de recursos federais não impede o Congresso Nacional de fiscalizar uma possível má administração das verbas, nos limites de sua própria competência.

3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O direito processual possui princípios que auxiliam no seu processo de interpretação e também no acesso à justiça em suas vertentes formal e substancial. Esses princípios acabam por representar um verdadeiro legitimador da dogmática jurídica no Estado Democrático de Direito (LIMA, 2014, p. 154). Conforme afirma Pinho, seguindo lições de 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, um dos principais pilares do próprio Estado Democrático de Direito é o princípio do devido processo legal. Ele é expressamente assegurado pela Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso LIV, a partir da seguinte redação: “ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal.”

A partir deste contorno, Conforme nos apresenta Humberto Dalla, o Ministro Celso de Mello sistematizou-o conferindo a ele a proteção dos seguintes direitos: 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 auto-defesa 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 (privilegio contra autoincriminação); e k) direito à prova. (DALLA, p. 86-87, 2021)

Nesta linha, o princípio do juiz natural é um corolário natural do princípio do devido processo legal. Ele é assegurado constitucionalmente pelo artigo 5º, inciso XXXVII, que diz: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e também no inciso LIII do mesmo artigo, que dispõe que “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).

4. SEPARAÇÃO DE PODERES E PRINCÍPIO FEDERATIVO

É válido ressaltar que, no caso em tela, coloca-se a possibilidade de que tal interferência do Congresso Nacional possa desencadear desequilíbrio na repartição de poderes, bem como um inadequado funcionamento do sistema de freios e contrapesos, consagrado pelo filósofo Montesquieu, em sua magna obra “O Espírito das Leis”. Nesta obra Montesquieu afirma que não existe liberdade se o poder de julgar não for separado, evitando-se o arbítrio e a opressão (MONTESQUIEU, 1979).

Na Constituição Federal de 1988, tal teoria apresenta-se condensada no sintético artigo segundo (“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”) mas é desenvolvida no decorrer de toda a Constituição, principalmente nos diversos artigos que tratam da organização do Estado - principalmente quando estabelecem as competências de cada um dos principais atores da República.

Já no que se refere à federação, é ela uma forma de Estado que decorre da aliança entre estados que usufruem de autonomia contemplada por uma constituição (MENDES; BRANCO, 911 e ss.). No caso, é a Carta Magna que estipula competências e deveres para cada ente, determinando a descentralização política e administrativa do país. No Brasil, onde os entes União, Estados, Distrito Federal e municípios dispõem de autonomia garantida pela Constituição, eles ocupam juridicamente (ao menos em termos teóricos) o mesmo patamar, configurando um desenho com pretensões isonômicas.

No caso em tela, observa-se, porém, uma característica que vem se projetando principalmente após a Era Vargas, ou seja, uma certa supremacia do ente União sobre os demais entes. Mesmo que a literatura constitucional não alimente essa afirmação, o fato é que a prática do federalismo brasileiro tende a reforçar essa tese. Aliás, a própria demarcação competencial do Estado brasileiro, pela letra da Constituição, pode, a partir de uma análise mais apurada, nos levar a esta conclusão.

De toda forma, é importante destacar que a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos devem ser enaltecidos em um quadro de Estado Democrático de Direito (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p.283 e ss), uma vez que limitam o poder, garantindo e preservando os direitos dos indivíduos. São essenciais para a formação do Estado de Direito, na medida em que previnem o abuso governamental, submetendo governantes e governados às regras e aos procedimentos legais, onde

ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de prévia determinação legal.

Sendo assim, a Constituição Federal dispõe para todos a autodeterminação, auto-organização, autogoverno e autoadministração, o que reitera, ainda mais, que o vínculo federativo existente entre eles é sólido (uma vez que todos se subordinam a Constituição Federal), porém, por meio da descentralização, divide a atuação de modo a promover a igualdade jurídica, podendo ser citado Antônio Sampaio Dória: “Federação é a autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da Constituição Federal”.

Por fim, os entes federados brasileiros, dispostos no art. 18 da Constituição Federal, por mais que possuam autonomia, essa característica fundamental pode ser quebrada em casos de extrema excepcionalidade, por exemplo nos casos de intervenção. Entretanto, reitera-se que a divisão de atribuições e o sistema de auxílio mútuo é uma característica que compõe o federalismo brasileiro, dessa forma com cada ente federado se mantendo em seu papel de função, de modo a não intervir em aspectos relativos a outros entes, haverá a harmonia do princípio federativo que, segundo Afonso Arinos, é “processo de garantia da liberdade, desde que levada a efeito dentro da ordem jurídica e dentro de um esquema geral intangível”

5. METODOLOGIA

O artigo foi desenvolvido por meio da metodologia de estudo de caso (decisão de suspensão à convocação de Governadores para deporem na CPI da Covid). Quanto à finalidade, trata-se de pesquisa aplicada, com pretensões de contribuir para a exposição argumentativa da ação do Supremo Tribunal Federal em delimitar os espaços do princípio federativo, tendo em vista que goza da posição de Guardião da Constituição. Do ponto de vista dos objetivos, estão expostos aspectos metodológicos marcadamente descritivos, embora não se abra mão, mesmo que em condições menos incisivas, de elementos explicativos. Foi utilizada uma abordagem qualitativa, sendo que os procedimentos metodológicos utilizados para a coleta de dados são, sobretudo, as decisões havidas pela Suprema Corte no âmbito da ADPF 848, além de textos doutrinários, jurisprudenciais e legislação pátria.

6. RESULTADOS E DISCUSSÃO

O estudo se propôs a apresentar os argumentos apresentados na ADPF 848 e demonstrar possíveis visões críticas a esses encaminhamentos argumentativos. Dentre os argumentos há de se destacar a possível violação do princípio da separação dos poderes e autonomia federativa dos estados-membros, princípio consagrado nos artigos 1º e 18 da Constituição Federal de 1988. Aliás, mais especificamente, o ministro Gilmar Mendes se utilizou deste argumento (sobre a autonomia político-administrativa dos estados) para fundamentar a impossibilidade da convocação dos governadores de estado. Recorreu o Ministro à autonomia política dos entes federados, concordando com a vedação desse grupo para contribuição com a CPI da Covid-19.

A Ministra Rosa Weber, partindo do pressuposto de que o texto constitucional não cita a possibilidade de convocação do presidente da República, considerou lógica que tal condição devesse ser estendida aos governadores de Estado. Nessa linha, entendeu a Ministra que a omissão constitucional, por ser “voluntária e consciente” estende tal prerrogativa aos chefes dos poderes executivos das unidades federativas. Argumentou ainda que a opção do legislador-constituente teria a finalidade de assegurar a autonomia e a independência do chefe do Poder Executivo da União em relação às Casas Legislativas do Congresso Nacional, preservando sua autonomia e independência perante os demais Poderes.

Além dos argumentos citados pelos citados Ministros, há os argumentos de ordem normativo-constitucional. O artigo 50, no seu caput e no parágrafo 2º, além do Art. 58, parágrafo 2º, inciso III, limitaram a convocação aos ministros de estado e aos agentes públicos diretamente subordinados à Presidência da República. Nestes termos, estender tal previsão, adotando uma interpretação extensiva, seria, segundo o Supremo Tribunal Federal, uma violação ao pacto federativo estabelecido pelo Poder Constituinte Originário, sendo que, por força do que dispõe o inciso I, parágrafo 4º do Art. 60 da própria Carta Federal, este referido pacto pode ser alterado apenas para ampliar o grau de autonomia, mas nunca para mitigá-lo.

Nesta perspectiva, segundo José Afonso da Silva (2012, p.438), nem mesmo a regra prevista no art. 58, § 2º, V, da CF teria o propósito de legitimar a convocação do próprio Chefe do Poder Executivo para prestar esclarecimentos perante o Congresso Nacional. Assim, eventual convocação realizada nos termos que regem a convocação dos ministros

de estado, sem fundamento legal, implicaria em violação da autonomia institucional da Chefia do Poder Executivo.

Porém, faz-se relevante destacar, para fins de análise, o argumento que levanta a competência do Tribunal de Contas da União (TCU), nos termos do art. 71, inciso II da Carta Magna, para julgar as contas de gestores de verbas federais repassadas pela União. Tal dispositivo constitucional, que reafirma a competência do TCU para julgar contas em que recursos federais fossem utilizados (incluindo-se aqueles destinados aos estados-membros), segundo os Ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso serve de base para não excluir a possibilidade da CPI tratar de assuntos estaduais, desde que, respeitando-se o princípio federativo.

Nessa linha, embora tenha sido entendido que a convocação dos governadores de Estado ultrapassasse as fronteiras do princípio federativo, vislumbrar-se-ia a possibilidade de que, por força do que dispõe a Constituição Federal, a autonomia estadual também possuía limites frente à ordem constitucional. O ministro Nunes Marques, em contrapartida, argumenta que a CPI tem poderes para analisar as possíveis más gerências das verbas públicas, mesmo que tenham sido essas repassadas aos demais entes da federação. Acrescentou ainda, que entende ser dever dos governadores de estado prestar depoimento sem, porém, a possibilidade de decretação da indisponibilidade de bens ou de prisão.

Frente ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 848 e tendo em vista os argumentos apresentados pelos ministros e pelos impetrantes, embora se observe um resultado incontestável sobre a não obrigatoriedade dos Governadores dos estados membros da federação a depor na Comissão Parlamentar de Inquérito, a verdade é que os argumentos que sustentaram esta decisão se mostram discrepantes.

Assim, embora se tenha uma decisão que não gera controvérsias, a ausência de uma *ratio decidendi* que venha a representar uma maior convergência dos diferentes entendimentos dos ministros quanto à fundamentações da referida decisão parece deixar claro que sobre o tema da autonomia dos Estados e sobre os delineamentos do princípio federativo ainda permanece a Suprema Corte devendo muitas respostas estabilizadoras.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, com base no caso em tela analisado em nosso estudo, chegamos à conclusão que é razoável o pedido contido na arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 848. Porém, as diferentes linhas argumentativas utilizadas pelos Ministros para assegurar suas posições apontam para a ausência de uma *ratio decidendi* inequívoca.

Neste sentido, sobre o tema da autonomia dos Estados e, principalmente, sobre os delineamentos do princípio federativo no âmbito da Constituição Federal de 1988 ainda permanece a Suprema Corte devendo muitas respostas que melhor definam a que tipo de federalismo se atrela o sistema jurídico-político brasileiro, segundo a Carta Magna de 1988.

8. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 848*. Relator: MIN. ROSA WEBER. Brasília, DF, 21 de outubro de 2021. Diário do Judiciário Eletrônico.

FARIA, Cássio Juvenal; MAZZILLI, Hugo Nigro; CARRAZZA, Roque Antônio. *Algumas considerações sobre o princípio federativo*. *Justitia*, São Paulo, v. 146, n. 146, p. 1-4, 1989.

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.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Manual De Direito Processual Civil Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

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

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

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. Malheiros, 2021. STF, Notícias (org.). *Plenário confirma suspensão de convocação de governadores pela CPI da Pandemia*. 2021. Disponível em: [Http://portal.stf.jus.br/noticias/ver-NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=468315&ori=1](http://portal.stf.jus.br/noticias/ver-NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=468315&ori=1). Acesso em: 12 jul. 2021.

O ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DO ATIVISMO JUDICIAL¹

ROZAL, Luciano Viana²

PINTO, Adriano Moura da Fonseca³

- 1 Agradecimentos aos professores e doutores Getúlio Nascimento Braga Júnior e Marcelo Machado Costa Lima, professores do Programa de Pós-graduação em Mestrado e Doutorado da (UNESA), pelo convite para participar do congresso e meus agradecimentos ao professor Dr. Adriano Moura da Fonseca Pinto que assina este trabalho comigo.
- 2 Pós-graduação Lato sensu pela Universidade Cândido Mendes - Especialização em Direito Administrativo. Especialização em Direito Público Aplicado (áreas Constitucional, Administrativo e Eleitoral) pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Bacharel em Gestão Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Bacharel em Administração de Empresas pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Graduando do 6º período em Direito pela Universidade Estácio de Sá. (UNESA). Servidor efetivo do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região-RJ. Integrante dos Grupos de pesquisa: ODD “Observatório do Direito Digital-UNESA e GINNS “, “A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimentos” (SOCEDIR-I-BMEC/RJ), “Constitucionalismo(os), Direitos e Democracia (CODIDEM) - UNESA e “Sistema de Justiça Criminal e Direitos Fundamentais (Instituto de Direito Público-IDP). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM. E-mail: Lucianorj38@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0490152655106534>
- 3 Advogado e Mediador. Membro do Comitê Científico da Conferência Universitária para el Estudio de La Mediación y el Conflicto ? CUEMYC (Espanhã). Consultor Internacional de la FACPYA - Universidad Autónoma de Nuevo Leon (México). Membro da Comissão de Estudos em Processo Civil da OAB-RJ. Doutor em Direito pela Universidade de Burgos-Espanha. Especialista em História do Direito, Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Professor Permanente e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Estácio de Sá. Professor dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Membro dos Observatórios de Política Pública, Direito e Proteção Social e Mediação. Membro da Comissão de Estudo em Processo Civil da OAB-RJ. E-mail: adriano.pinto@estacio.br. <http://lattes.cnpq.br/1075614134778073>.

RESUMO

O presente artigo é fruto de uma discussão do cenário contemporâneo em que o Poder Judiciário se encontra no Brasil. Devido a sua atuação ativista na efetivação de direitos fundamentais consagrados na constituição de 1988, e sendo alvo de críticas quanto a sua legitimidade por parte do meio acadêmico e político, o judiciário tem assumido posturas mais expansivas na implementação de tais direitos. Inicialmente foi abordado o conceito de ativismo judicial, origens e divergências doutrinárias e se realmente tem contribuído para uma atuação mais concretista e efetiva das decisões por parte dos juízes e tribunais, principalmente os da Suprema Corte. Indagou-se ainda qual a importância do ativismo para um mais amplo acesso ao poder judiciário. Através de uma pesquisa qualitativa analisando bibliografias, entendimento doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto, o trabalho se propõe a demonstrar se o ativismo judiciário é um meio de respostas necessárias que ampliam o acesso à justiça sob perspectivas substantivas e a efetivação de direitos.

Palavras-chave: Ativismo Judicial, Supremo Tribunal Federal, Acesso à Justiça, Direitos Fundamentais.

1. INTRODUÇÃO

Foi-se o tempo em que a maioria dos juízes exerciam a função de “bouche de la loi,⁴ atualmente se têm posturas mais ativas com interpretações conforme o caso concreto.

O atual protagonismo do poder judiciário, principalmente da Suprema Corte Brasileira, devido a grandes questões que são judicializadas, tem sido alvo de críticas⁵, pois a cada dia a necessidade da efetivação de direitos fundamentais se torna mais essencial para a concretização, não somente daqueles que já existem, como também dos novos direitos que vão sendo demandados na contemporaneidade. Sendo assim, o acesso à justiça, que é basilar em nosso ordenamento jurídico, visa a garantir que a população, em geral, obtenha uma resposta jurisdicional, a fim de que os direitos sejam realmente efetivados e que se cumpram as promessas do

4 A expressão “bouche de la loi” (‘boca da lei’) foi muito utilizada na França após a Revolução Francesa (1789). Dizia-se, então, que os juízes deveriam ser “bouches de la loi” no sentido de que deveriam apenas aplicar, da forma mais mecânica possível, as leis editadas pelo Legislativo. Justificou-se esse cerceamento ao Judiciário com o fato de os juízes franceses terem extrapolado de suas atribuições, assumindo atitudes questionadoras frente ao rei Luís XVI. Os juízes passaram a ser considerados ‘perigosos’ tanto pelos monarquistas quanto pelos revolucionários (republicanos). Na verdade, o que preocupava tanto uns quanto outros era o fato de trataram-se eles de pessoas esclarecidas, não-manipuláveis. De lá para cá os juízes franceses têm sofrido, dos sucessivos governos, restrições, que prejudicam o fortalecimento do Judiciário. Todavia, transformar os juízes em meras ‘bocas da lei’ é rebaixar essa instituição, tratando seus membros como meros funcionários administrativos, que resumem seu trabalho em cumprir regulamento (MARQUES, 2009).

5 Luiz Roberto Barroso (2018, p. 142-143) diz que as críticas à ascensão do judiciário e sua atuação mais expansiva vem de diversas frentes. Registram-se aqui três delas. A primeira consiste em uma *crítica ideológica*: o judiciário é uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e riqueza na sociedade. Nessa perspectiva, a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária. a segunda crítica diz respeito às *capacidades institucionais* dos tribunais - que podem não ser o melhor *locus* para a tomada de decisões envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade - e o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejáveis decorrente dessas decisões. ambas as circunstâncias recomendam cautela e deferência. Uma terceira crítica diz respeito ao fato de que a judicialização limita, de um lado, a participação no debate aos poucos que têm acesso ao mundo jurídico - com seus ritos formais e custos elevados - e, por outro lado, oferece o risco de politização indevida da justiça. Ou seja: pode produzir apatia nas forças sociais ou levar paixões a um ambiente que deve ser presidido pela razão. Todas as críticas merecem ser levadas em conta com seriedade

legislador constituinte originário e derivado em nossa constituição cidadã. Urge destacar, que nem sempre esses direitos são concretizados pelos demais poderes, seja pela falta de implementação de políticas públicas, programas e ações por parte do Executivo, ou até mesmo pela omissão na elaboração de leis pelo Poder Legislativo. A consequência da não efetivação de tais direitos faz com que a sociedade passe a reivindicar suas demandas, esperando obter uma resposta concreta, a fim de satisfazerem seus anseios. O poder judiciário, nesse momento, fica incumbido de dar uma resposta à sociedade, cujo objetivo é resolver os problemas que, muitas das vezes, não possuem soluções fáceis e rápidas. Há casos em que esse juízo de análise demanda valoração axiológica em grau elevado, que vai além de uma análise positivista e de uma simples subsunção da lei ao caso concreto. Nesse caso, os órgãos do Poder Judiciário agem de forma mais ativa, a fim de executarem atribuições que seriam de competência dos demais poderes. Por esta razão, considerando os entendimentos jurisprudenciais (mais precisamente entendimentos constitucionais mais expansivos) por parte da Excelsa Corte, vários novos direitos têm surgido e demandas sendo atendidas, o que parece apontar para um maior acesso à justiça. Destacam-se algumas decisões do STF como o aborto em feto anencefálico e a pesquisa com células-trocós-embrionárias, entre outras. A pesquisa se consubstancia na seguinte problematização: o ativismo judicial, mesmo com toda crítica que enfrenta, sejam suas decisões equivocadas ou não, é realmente efetivo na concretização de novos direitos e a um acesso mais amplo à justiça?

O trabalho teve como objetivo central analisar ações ativistas do poder judiciário brasileiro, com prioridade para alguns julgados da Suprema Corte, e o que a justificou agir com menos autocontenção. Por fim, como as decisões impactam a sociedade e podem ampliar o acesso ao poder judiciário.

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. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

Inicialmente o termo foi utilizado nos Estados Unidos (TAQUARY, 2017, p. 23). Em 1947, devido a análises que foram feitas sobre os juízes da Suprema Corte Norte Americana, baseadas em seus comportamentos. O historiador e jornalista Arthur Schlesinger Jr. foi quem atribuiu o termo⁶.

“No estado estadunidense é que encontramos pela primeira vez a utilização massificada da expressão *judicial activism*, ativismo judicial, fazendo um contraponto ao termo *self restraint*, autorrestrição ou autocontenção [...]” (LEAL, 2008, p. 16). O autor explica que as expressões servem para caracterizar os posicionamentos da Suprema Corte quanto a temas polêmicos de uma forte conotação política.

Há uma dificuldade em fixar critérios objetivos para uma conceituação sobre o termo ativismo judicial, muitas das vezes a conceituação vem arraigada com viés ideológico e político. O professor Saul Tourinho Leal (2008, p.17) em sua brilhante dissertação de mestrado, nos ensina que “a expressão está associada à ideia de exorbitância de competências por parte do Poder Judiciário”, e ainda reitera que “no Brasil, não é diferente”. “O tom é sempre pejorativo.” Como já referido em linhas anteriores, “chamar um tribunal de ativista é uma tentativa de atribuir a ele algo negativo” (LEAL, 2008, p.19). Logo, o mestre enfatiza que o termo se reveste de cunho crítico.

Vale ressaltar que Ramos (2015, p. 28-29) busca afirmar ao cientista do direito que “o ativismo judicial pode ser examinado como um fenômeno social que existe no plano fático, independentemente do juízo de valor que possa fazer ao seu respeito.”

Segundo o professor e pós-doutor em direito Marcelo Machado Costa Lima (2014, p. 453), “ativismo Judicial é entendido como uma postura incorporada pelos juízes, que passam a participar da elaboração de políticas, cuja competência seria de outras instituições⁷.”

6 A expressão “ativismo judicial” aparece pela primeira vez nos Estados Unidos em matéria jornalística intitulada *The Supreme Court: 1947*, publicada na Revista *Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de janeiro de 1947, assinada pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., que também era jornalista. (SCHLESINGER, 1947, p. 73 Apud TAQUARY, Eneida e TAQUARY Catharina, 2017, p. 24).

7 Um excelente exemplo é o novel mandado de injunção. Ora, trata-se de uma determinação da Constituição para que o Poder Judiciário venha a produzir as regras que o legislador, em sua inércia, desobedecendo neste ponto o comando normativo

O autor reitera (LIMA, 2014, p. 454) que “é uma expressão criada nos Estados Unidos como forma de denominar a forma de atuação da Corte americana, no período em que foi presidida por Earl Warren entre 1954 e 1969.” Segundo Lima (2014, p. 454), houve nesse período produção de jurisprudência que o autor chama de progressista em se tratando de direito fundamental, e que não teve iniciativa do poder legislativo e nem iniciativa normativa do poder executivo.

“A ideia de ativismo (LIMA, 2014, p. 454) vincula-se [...] ao distanciamento dos juízes e tribunais da função que lhe é típica, [...] aquela tradicional de aplicação do direito vigente, para uma outra, relacionada a uma atividade proativa de criação jurídica.”

“O ativismo judicial, esclarece Lima (2014, p. 454), caracteriza uma atuação rebelde de tribunais e juízes que os distanciam das balizas jurisdicionais pré-estabelecidas para o exercício do poder a eles conferidos pela Constituição.”

Vale mencionar o Juiz, mestre em direito e professor, Dr. Fábio Lopes Alfaia, que nos brinda com esse magnífico conceito que resume em linhas bem escritas a interpretação mais expansiva do poder judiciário, ao dizer:

Por seu turno, o ativismo judicial é essencialmente decorrência da atividade intelectual interpretativa do julgador, embora influenciada por fatores extrajurídicos (históricos, políticos e filosóficos), devendo ser reconhecido não como um mal em si, mas se delimitando conforme os ditames da Constituição enquanto plano-mestre e o gerenciamento de confiança estabelecido em cada plano derivativo, avaliando-se os custos de seu exercício conforme as limitações interpretativas impostas pelo ordenamento e as peculiaridades do caso concreto. É um problema da teoria do direito e do direito positivo. (Alfaia, 2020, p.132).

Desde o início, quando Arthur Schlesinger Jr.⁸ começou a analisar as posturas dos juízes da suprema americana, e os dividiu em procedimentalistas, que eram conservadores, e substancialistas que eram liberais, que

constitucional de eficácia limitada, expresso da Constituição, mas que sem a norma regulamentadora do direito não poderia produzir os efeitos, perdendo qualquer eficácia social. (LIMA, 2014, p. 459).

8 Trata-se de um típico jornalista do poder. Escrevia intensamente sobre os Presidentes da República e seus principais atos. Abordava, com primazia, os líderes políticos de perfil liberal, tais como Franklin D. Roosevelt, John F. Kennedy, e Robert F. Kennedy.

estudos sobre o ativismo judicial cresceram pelo mundo. Várias foram as causas que se atribui a esse papel de maior protagonismo do poder judiciário, o período pós segunda guerra mundial é um exemplo, foi o marco histórico do surgimento do neoconstitucionalismo⁹, novo direito constitucional, constitucionalismo de direitos, ou nova ordem constitucional (Barroso, 2018, p.13), e cujo marco filosófico foi a visão pós-positivista, além de um marco teórico, e no Brasil todo o processo de redemocratização que originou a constituição de 1988.

Logo, podemos entender que o ativismo judicial está também associado a teoria da força normativa¹⁰ da constituição aumentando o poder de interpretação dos juízes e tribunais a fim de concretizar direitos fundamentais ao aplicar diretamente às normas constitucionais para satisfazer as demandas da sociedade, seja por omissões legislativas ou até mesmo um não fazer do poder executivo na elaboração e aplicação de políticas públicas e que leva uma maior judicialização pelos autores sociais das questões relevantes.¹¹

No período em que esteve à frente da Casa Branca, o Presidente John Kennedy teve sua assessoria na tarefa de historiografar a Suprema Corte.” (LEAL, 2008, p. 18).

- 9 O presente trabalho não terá como desiderato analisar com maior profundidade o neoconstitucionalismo, apenas trazendo a referência de sua importância no contexto em seus aspectos gerais, sendo assim podemos dizer que : O neoconstitucionalismo é um movimento social, político e jurídico surgido após a Segunda Guerra Mundial, tendo origem nas constituições italiana (1947) e alemã (1949), fruto do pós-positivismo, tendo como marco teórico o princípio da “força normativa da Constituição” e como principal objetivo garantir a eficácia das normas constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais. Para fins didáticos, podemos dividir o estudo do tema através dos seguintes marcos: a) marco histórico; b) marco filosófico; c) marco teórico; d) (NUNES, 2019, p. 85).
- 10 Konrad Hesse já destacara que a força normativa da Constituição é uma resultante de duas variáveis: de um lado, a “vontade de Constituição”, expressa no respeito de todos os partícipes do sistema jurídico à impositividade do Texto Magno e, de outro, a prudência normativa da Constituição, que não pode ignorar os limites impostos pela realidade que pretende disciplinar. (RAMOS, 2015, p. 164).
- 11 Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o legislativo e o executivo. (BARROSO, 2018, p. 44).

4. ALGUMAS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DO ATIVISMO JUDICIAL

Dentre tantos autores renomados que escrevem sobre o ativismo judicial se encontram traços comuns, porém nem todos corroboram que a atuação mais expansiva do poder judiciário seja algo apenas positivo¹². Há os que defendem de forma mais moderada certo protagonismo, porém são muitas as críticas contrárias.

Alguns juristas criticam essa postura mais intervencionista do poder judiciário, entendendo-a como uma ampliação do seu poder.

De acordo Lênio Streck (2018, p. 51) “há aí um importante componente legislativo de ativismo judicial, uma vez que os juízes modificaram as regras dos precedentes à luz de novas situações e experiências.¹³

“A [...] *judicial review* é predominantemente marcada por um protagonismo judicial, no qual é reforçada a característica destacadamente legislativa das Cortes [...] os juízes passaram não apenas a atribuir às leis caráter secundário, mas a reescrevê-las” (STRECK, 2018, p.52).

Em entrevista ao *site* Consultor Jurídico - Conjur - , no ano de 2009, Lênio afirma que os juízes que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer a filtragem das leis inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. “Saímos da estagnação para o ativismo.” Para Lênio Streck¹⁴, o ativismo é ruim. É ele que leva o Judiciário a emitir tantas decisões contraditórias. A isso, Lênio dá o nome de “Justiça lotérica.”

Nessa seara ,temos também em âmbito internacional o saudoso e ilustre ex-juiz da Suprema Corte Norte Americana, Antonin Gregory Scalia, que critica a abordagem¹⁵ da “constituição viva” , e que convidam

12 Segundo Barroso (2018, p. 141), em tese, portanto, o ativismo judicial pode traduzir ora um comportamento legítimo, ora um comportamento ilegítimo. quando se trate de proteger grupos historicamente vulneráveis, como mulheres, negros ou homossexuais, a atuação expansiva do judiciário para assegurar seus direitos fundamentais contra discriminação é percebida como algo positivo pela maioria dos juristas e pela sociedade.

13 O resultado foi o triunfo quase total da opinião, entre os juristas, de que os juízes incluídos aí os membros da Supreme Court – são inevitavelmente legisladores. (STRECK, 2018, p. 51).

14 (Streck, 2009) entrevista ao Conjur.

15 Essa abordagem, segundo ele, engrandece o poder judicial a serviço das preferências políticas da elite que muitos juízes sustentam, às vezes para usurpar o domínio

os juízes a alterar o significado das disposições constitucionais para atender ao que eles percebem ser as necessidades de uma sociedade em mudança, reitera que “os juízes devem discernir o significado dos estatutos a partir de seu texto, não das intenções reais ou supostas daqueles que os escreveram.” (SCALIA, 2021, p. 35).

Assevera Scalia (2021, p. 15) que “assim se revela a tirania por trás do ativismo jurídico, combatida intensamente pela interpretação originalista [...]”

Elival da Silva Ramos (2015, p. 117) traz a crítica de Ronald Dworkin:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

“O ativismo judicial é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo.” (RAMOS, 2015, p. 101).

Por outro lado, temos autores que justificam esse maior protagonismo do poder judiciário, como Carlos Alexandre de Azevedo, Hélder Fábio Cabral Barbosa, o ministro Luís Roberto Barroso, entre outros.

Conforme coloca Carlos Alexandre de Azevedo (2014, p. 100);

O juiz ativista preencheria lacunas, omissões legislativas, corrigiria as leis, inovando, dando-lhes novos sentidos ou adicionando-lhes novos significados, de modo a conformá-las melhor aos princípios e valores constitucionais. A atividade judicial ativista seria complementar, corretiva, ou mesmo substitutiva da atividade legislativa.

do governo representativo, outras vezes para diluir ou ignorar direitos desfavorecidos. (SCALIA, 2012, p. 35).

Hélder Fábio Cabral Barbosa (2011, p. 151) afirma que:

Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexistente tal afirmação, uma vez que os juizes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade.

Oportuno escrever as considerações de Ministro Luís Alberto Barroso:

Um tribunal constitucional deverá agir com ousadia e ativismo nos casos em que o processo político majoritário não tenha atuado satisfatoriamente, e com prudência e autocontenção em outras situações, para não exacerbar aspectos do caráter contramajoritário dos órgãos judiciais, vulnerando o princípio democrático. (2020, p. 200)

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário. (2020, p. 247).

“O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir “A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito” (BARROSO, 2020, p. 280).

O pensamento de John Rawls é que um judiciário ativista tem como objetivo a promoção da igualdade¹⁶. O fim do direito é servir a política para busca a igualdade e não se pode firmar-se a formalidades

16 O sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito; são exigências

abstratas das leis e constituição. Logo, quando Raws vinculou o direito e a política deu margem para se justificar as ações do judiciário com as ações do poder público que promovam a igualdade, e que esses direitos fundamentais sejam extensivos a grupos que são marginalizados (LIMA, 2019, p. 48).

Logo, posições antagônicas favorecem ao debate e nos levam a uma maior reflexão sobre a possibilidade ou não de uma maior e efetivo acesso à justiça.

5. A ATUAÇÃO MAIS EXPANSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹⁷ EM ALGUMAS DECISÕES HISTÓRICAS

As decisões¹⁸ do Supremo Tribunal Federal estão cada vez mais visíveis na sociedade, pois a Corte detém um protagonismo que é alvo de críticas e que ainda é muito estudado.

O art. XXXV da CF/88, que traz o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que garante o *due process of law*, faz com que todas as ações processuais que chegam até Estado-juiz sejam analisadas e decididas de forma fundamentada a fim de que possa ter uma decisão de mérito e satisfazer o bem da vida, desde que o demandante cumpra certos pressupostos de admissibilidade¹⁹ processuais em nossa legislação e conforme entendimento da doutrina pátria. Com isso, a atuação do poder judiciário e, em particular do STF, cresceu exponencialmente nas últimas décadas, motivo o qual trouxe maior destaque para o órgão perante a sociedade.

de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos (CANOTILHO, 1998 p. 169).

17 Atualmente, o Supremo Tribunal Federal exerce funções próprias e impróprias de um Tribunal Constitucional. As funções próprias são aquelas estruturais da justiça constitucional; as impróprias, embora encontrem fundamento na norma constitucional forma, não integram a natureza do Tribunal Constitucional (guardião da Constituição), como, por exemplo, o julgamento de altas autoridades políticas por crimes comuns, a extradição e o funcionamento como “suprema terceira instância (PEIXOTO, 2012, p. 110).

18 É fato que quando uma corte constitucional ou suprema decide muito e sobre muitas coisas, relevantes ou pouco importantes, ela acaba tornando-se personagem especial da vida cotidiana da respectiva sociedade. (CAMPOS, 2014, p. 93).

19 Art. 17 do Código de Processo Civil de 2015 diz que para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

Conforme bem assevera Oscar Vilhena (2019, p. 164):

[...] a ampliação do papel do direito e do poder judiciário é uma decorrência da retratação do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. Nesse momento recorre-se ao judiciário como guardião último dos direitos fundamentais e ideais democráticos incorporados pela constituição, que pode gerar evidentemente uma situação paradoxal.

Sendo assim, entende-se que tais omissões de representatividade dos demais poderes não garantem um amplo acesso à justiça e nem efetividade na concretização de direitos fundamentais e o poder judiciário acaba sendo provocado a estabelecer um consenso através de uma decisão final que o faz hegemônico nessas situações, que poderiam ser minimizadas caso houvesse mais ativismo congressual.

Algumas decisões do Supremo foram de grande importância pelo seu caráter social e político, mesmo muitas delas sendo polêmicas pelo seu ativismo.

Destacam-se, segundo Barroso (2018, p. 26), a proibição do nepotismo no âmbito dos poderes executivo, legislativo e judiciário (ADC nº 12, sendo relator o Min. Carlos Ayres Britto e RE nº 579.951, relator Min. o Ricardo Lewandowski), a resolução do Conselho Nacional de Justiça que proibia a nomeação de parentes dos membros do poder judiciário, até o 3º grau, para os cargos de comissão e funções gratificadas foi declarada constitucional pelo plenário do STF em 2008 e o Tribunal acabou estendendo a vedação aos demais poderes, legislativo e executivo ao aprovar a súmula vinculante nº 13. Sendo assim, foi entendido que a proibição do nepotismo não precisaria de lei formal já que está diretamente ligado aos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade.

Tivemos também a ADI nº 3,510, relator Min. Carlos Ayres Britto que reconheceu a constitucionalidade da lei que autorizou pesquisas com células-tronco embrionárias (BARROSO, 2018, p. 26).

Outra decisão muito importante da Egrégia Corte foi sobre a equiparação das uniões homoafetivas (ADPF nº 132 e ADI nº 4.277) cujo

relator foi o Min. Carlos Ayres²⁰ Britto, (BARROSO, 2018, p. 27) séculos de preconceito foram derrotados pelo STF na conclusão desse julgamento que se deu em 2011. Foram assegurados aos casais homoafetivos os mesmos direitos dos casais heteroafetivos que viviam numa união estável²¹.

Logo, a mutação constitucional foi necessária para atender um anseio da social para o qual o poder legislativo se manteve inerte.

Outro caso marcante em que o Supremo atuou foi na ADPF 54/DF, que a questão crucial era o “aborto de fetos anencéfalos” e que segundo Alexandre Campos de Azevedo (2014, p. 171) o pedido era de dar uma interpretação conforme a constituição aos artigos 124, 126 e 128, todos do Código Penal (crime de aborto), de modo que fosse compatível com princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com os direitos fundamentais à liberdade e à saúde da gestante e, assim, afastar a ilicitude da interrupção voluntária da gravidez de feto anencefálico.

Além dessas decisões supracitadas, ainda temos decisões como a restrição do uso de algemas - Habeas Corpus 91952/SP e Súmula Vinculante²² nº 11, a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol - PET 3388/RR, a criminalização dos atos de homofobia e de transfobia como crime de racismo - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, e do Mandado de Injunção nº 4733 em que foi reconhecida a mora do poder legislativo federal que não incriminou atos atentatórios a comunidade LGBTQIA+ em proteção aos seus direitos fundamentais, Passe livre para deficientes no transporte coletivo (ADI 2.649/DF, Rel. Min. Carmen

20 A decisão histórica do STF que reconheceu a união homoafetiva e a garantia dos direitos fundamentais aos homossexuais recebeu o certificado MoWBrasil 2018, conferido pelo Comitê Nacional do Brasil do Programa Memória do Mundo da Unesco. Na foto, o ministro Ayres Britto, relator das ações que trataram do tema, recebe o certificado na solenidade de premiação. Diversidade: jurisprudência do STF e Bibliografia Temática (2020, p. 10).

21 Pouco mais à frente, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça, em desdobramento dessa decisão, assegurou o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, vedando aos juízos do registro civil a recusa na perspectiva celebração. (BARROSO, 2018, p. 27-28).

22 Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Vade Mecun (2020, p. 2418),

Lúcia)²³, Suspensão²⁴ da Lei de Imprensa do regime militar (ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto), entre outras.

Nota-se a importância das decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal ao criar novos direitos e concretizar direitos fundamentais tanto no campo social como político, e conseqüentemente aumentando o acesso ao poder judiciário de forma satisfacente.

6. POR UM MAIS AMPLO ACESSO À JUSTIÇA

Quando se fala em acesso à justiça logo lembramos em entrar com uma ação judicial, ou seja, as portas do judiciário estão abertas para qualquer pessoa pleitear seus direitos, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, são princípios basilares e direitos fundamentais já consagrados em nossa Carta Magna de 1998. Porém, temos que entender que o acesso à justiça não é apenas ter o direito a uma decisão judicial, e sim que essa decisão também satisfaça o direito daquele que está pleiteando o bem da vida trazendo resultado (ALVIM, 2018, p. 92) socialmente justo.

Segundo Ana Paula de Barcellos (2018, p. 234-235) a garantia de acesso à justiça consagrada no art. 5º, XXXV, da CF/88 não é esgotada na

23 Segundo Barroso (2008, p. 13) o Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei 8.899/94, que concede passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes. A autora da ação sustentou que a lei afrontava os princípios da isonomia e da livre iniciativa, bem como o direito de propriedade. Em seu voto, a relatora, Ministra Carmem Lúcia, fez referência à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada pelo Brasil, em 2007, e à preponderância do princípio da solidariedade, inscrito no artigo 3º da Constituição. Também foi afastado o argumento de que haveria violação ao artigo 170 da Constituição, uma vez que a livre iniciativa deve ser regulada nos termos da lei, considerando os demais princípios constitucionais da ordem econômica que também merecem amparo, como a dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais. Assentou ainda a relatora que eventual desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato poderia ser sanado por ocasião da negociação de tarifa com o poder concedente.

24 O plenário do Tribunal, por maioria, considerou que a Lei nº 5250, de 1967, instituída para “regular a liberdade de manifestação do pensamento e da informação”, no governo do Marechal Castelo Branco, era incompatível, na sua integralidade, com os valores e princípios da constituição de 1988. De acordo com esse entendimento o espírito autoritário da lei não poderia conviver com os padrões de liberdade de expressão e de liberdade de imprensa exigidos em um regime democrático. Segundo o voto do relator, nenhuma modalidade de censura prévia é aceitável e nem mesmo a lei poderia instituí-la. (BARROSO, 2018, p. 27).

possibilidade formal de se ingressar em juízo, todos têm que ter o direito de acesso ao poder judiciário, mesmo a questão não sendo tão simples devido a barreiras econômicas pelo eventual custo de entrar em juízo, e também ao obstáculo da falta de informação que setores mais excluídos e invisíveis da sociedade não tem.

Mauro Capelleti e Bryant Garth, em 1978, através do projeto Florença, ao escreverem sobre o acesso à justiça falou sobre três ondas renovatórias (1988, p. 28), sendo a primeira onda a assistência judiciária, a segunda as reformas que tendem a proporcionar a representatividade para os interesses difusos, ambiental e consumidor principalmente, e a terceira onda renovatória e o próprio enfoque ao acesso à justiça que envolve os outros dois anteriores e ainda vai muito além deles.

Sobre o enfoque do acesso à justiça, os professores Capelleti e Garth (1988, p. 72) sugerem várias mudanças²⁵, dentre as quais eles nos falam que certos conflitos continuarão a ser resolvidos pelos tribunais, principalmente pelas Cortes Superiores de Justiça por lidarem com importantes questões de direitos, questões vultosas e substanciais.

Segundo Canotilho (1993, p. 654) “o acesso à justiça é um acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades”. O mestre ainda nos ensina (1996, p. 654) que “[...] a garantia do acesso aos tribunais pressupõe também dimensões de natureza prestacional, na medida em que o Estado deve criar órgãos judiciários e processos adequados [...] e assegurar prestações.

Logo, como ter igualdade de oportunidades quando o legislador se omite em criar leis, quando o poder executivo não viabiliza políticas públicas suficientes e adequadas para a sociedade, ou seja, promessas constitucionais de direitos fundamentais e sociais não estão sendo atendidas da maneira que tinha que ser, e a falta de ação concreta dos demais poderes faz com que a sociedade procure o poder judiciário a fim de ter seus direitos concretizados, pois segundo Barcellos (2008, p. 288) o acesso à justiça faz parte do mínimo existencial²⁶ da pessoa humana e não pode ser preterido.

25 Segundo Capellet e Garth (1998, p.72) uma delas diz respeito a ampliação do acesso à justiça, prestigiando métodos auto e heterocompositivos sendo sistemas alternativos ao judiciário, o que hoje já conhecemos como justiça multiportas, e como exemplos temos a conciliação, mediação e a arbitragem.

26 Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça (BARCELLOS, 2008, p. 288).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, a pesquisa procurou analisar se o ativismo judicial traz um mais amplo e efetivo acesso à justiça, mas para isso foi preciso mostrar a origem do ativismo nos EUA e fazer um paralelo do que é o ativismo e suas divergências doutrinárias e com isso mostrar que o acesso ao poder judiciário se encontra não apenas num aspecto formal, mas também material de concretizador de direitos fundamentais.

Em alguns autores críticos negativos do ativismo judicial, como o Lênio Streck, Elival da Silva Ramos, e no âmbito internacional Antonin Gregory Scalia nota-se traços comuns em seus estudos ao falarem que esse protagonismo do poder judiciário acaba funcionando como legislador, usurpando a função que é do legislativo além de desrespeitar os parâmetros normativos traçados pelo constituinte originário.

Por outro lado, verificou-se que os defensores do ativismo, como por exemplo o Ministro Luís Roberto Barroso, Carlos Alexandre de Azevedo e Hélder Fábio Cabral Barbosa, dizem que seria apenas uma participação mais ampla do poder judiciário (BARROSO, 2020), complementar (CAMPOS, 2014), e de aplicação dos direitos fundamentais (BARBOSA, 2011).

Vale ressaltar que das decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal expostas no presente trabalho, algumas tiveram por objetivos preencher lacunas legislativas ao declararem a mora parlamentar, como exemplo o reconhecimento da união estável homoafetiva e a criminalização dos atos de homofobia como crime de racismo.

Logo, o ativismo judicial nessas decisões foi fundamental para a criação de novos direitos, e mostra que o judiciário acabou realmente complementando uma função legislativa ao aplicar de forma principiológica os princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana, art. 1º, inciso III, da CF/88, que é um fundamento da nossa república.

Por fim, conseguiu-se demonstrar que o ativismo judicial traz um mais amplo e efetivo acesso à justiça. Os ensinamentos de Mauro Cappelletti e Garth, além de Ana Paula de Barcellos corroboram com o fato de o acesso ao poder judiciário tem que ser efetivo, satisfacente e justo, pois sai de uma visão formal constitucional arraigada em seu artigo 5º, inciso XXXV, e vai para uma concreta materialização do direito.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFAIA, Fábio Lopes. *Reserva do possível e discricionariedade jurídica*. Curitiba. Juruá Editora, 2020

ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. 21. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro. Forense, 2018.

Ativismo judicial não é bom para a democracia. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em: 25 dez. 2021.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. *A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível*; in Estudos de direito constitucional. Fernando Gomes de Andrade (org.). Recife: Edupe, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro. Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Artigo publicado no site Consultor Jurídico no ano de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=. Acesso: 30 jan. de 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8. Ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. 2. Reimp. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2018.

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

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra. Almedina, 1993.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Carlos Alexandre de Azevedo Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPELLETI, Mauro. GARTH, Briant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. *Diversidade: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Bibliografia Temática*. Brasília. STF, Secretaria de Documentação, 2020. 188 p. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/diversidade.pdf> Acesso: 25 Jan. de 2022.

LEAL, Soul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. 2008. 159 f. *Tese (mestrado em Direito Constitucional)*. Instituto Brasiliense de Direito Público. DF, Brasília. 2008.

LIMA, Newton de Oliveira. *10 lições sobre Raws*. Petrópolis, Rio de Janeiro. Vozes, 2019.

LIMA, Marcelo M. C. *A validade legítima: um estudo sobre o caso brasileiro*. 2014. 576f. *Tese (doutorado em Direito)* - Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

MARQUES, Luiz Guilherme. *Boca da Lei. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis, Santa Catarina, 23 Setembro de 2009*. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/judiciario/6654-boca-da-lei. Acesso em: 09 Jan. 2022.

NUNES JR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. *Supremo Tribunal Federal : composição e indicação de seus ministros*. 1º Ed. São Paulo. (coleção prof. Gilmar Mendes: v. 16) Método, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCALIA, Antonin. Editado por Christopher Scalia e Edward Whelan. *O essencial de Scalia: Sobre a Constituição, os Tribunais e o Estado de Direito*. Tradução: Amauri Feres Saad. 1º Ed. Londrina. Editora E.D.A, Educação, Direito e Alfa Cultura, 2021.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAQUARY, Eneyda Orbage de Britto. TAQUARY, Catharina Orbage de Britto. *O Ativismo Judicial: Apropriação do Termo no Direito Norte-Americano*. Revista de Direitos Humanos em Perspectivas, Brasília, v. 03, n. 1, p. 18-38, jan./jun. 2017.

Vade Mecum Juspodivm. 8. ed. rev. atual. e ampl. Salvador. Juspodivm, 2020. 2592 p. VILHENA, Oscar. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. 1º Ed. São Paulo. Companhia das Letras. 2018.

A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES E O MOVIMENTO DO DIREITO LIVRE À LUZ DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

LIMA, Marcelo Machado Costa¹

LAMEIRO, Vinícius Silva do²

- 1 Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Estácio de Sá. Pós-doutor 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. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa.
- 2 Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (FDUL/Portugal). Pós-graduando em "LGPD, Privacidade e Proteção de Dados" pela UCAM. Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Pesquisador nos grupos: DHTS (ECJ/UNIRIO); A Sociedade Civil e o Estado de Direito, Mutações e Desenvolvimentos (SOCEDIR) e Constitucionalismo(s), Direitos e Democracia (CODIDEM).

RESUMO

No estudo em desenvolvimento, pretende-se, a partir de uma análise teórico-jurídica, tratar sobre o campo de abertura hermenêutica nas linhas de pensamento jurídico da chamada “Jurisprudência dos Interesses” e do “Movimento do Direito Livre” analisando-os em comparação com o papel interpretativo realizado pelo STF em determinados casos-chave. Para tanto, levou-se em consideração a ideia de “limites do texto” normativo, e se, nos casos em referência, o STF decidiu de maneira a ultrapassar, ou não, os limites hermenêuticos autorizados pelo próprio texto legislativo. Como se verá, enquanto para a Jurisprudência dos Interesses não há o que se falar em interpretação para além da lei, para o chamado Movimento do Direito Livre, a questão da resposta estatal através do direito posto, quando muito, assume uma mera perspectiva secundária, conferindo ao intérprete uma certa “liberdade de escolha” ou de análise do fenômeno jurídico que não se reduz ao cariz lógico-formal de um legislador racional. Com efeito, o presente estudo, não trará envolvida qualquer estudo de direito comparado, mas, tão somente, um processo de observação sobre o legado e os pressupostos interpretativos da tradição ocidental, sendo o objetivo nuclear a reflexão sobre se o STF decide ultrapassado a lei o não, a partir daquelas concepções. A metodologia do presente estudo é pautada em pesquisa qualitativa, de cariz dialético, possuindo natureza fundamentalmente descritiva, mas com pretensões exploratórias e mesmo explicativas em alguns pontos cruciais. Para tanto foram utilizados procedimentos de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Interpretação-aplicação do direito; jurisprudência dos interesses; Movimento do Direito Livre; Supremo Tribunal Federal; Constitucionalismo Contemporâneo.

1. INTRODUÇÃO

Uma questão que incessantemente se apresenta no âmbito de atuação do STF em seu processo de avaliar a constitucionalidade das normas do sistema jurídico, bem como no de determinar o alcance normativo das normas infraconstitucionais, no processo de determinação da extensão semântica das normas constitucionais e infraconstitucionais. Com isso, lança-se luz também a uma questão de legitimidade, mais precisamente no que diz respeito a se o texto jurídico (o enunciado linguístico e o preceito em toda sua envergadura) pode vir a ser reduzido ou desconsiderado, isto é, se o intérprete através da decisão judicial pode ou não ultrapassar determinados “limites” normativos supostamente implícitos no texto.

Tendo isto presente, pretende-se analisar a possibilidade de existência de um diálogo que se aproxime de perspectivas teóricas produzidas em tempos históricos distintos, mas que pode trazer uma certa fertilidade ao debate contemporâneo. Mesmo reconhecendo o perigo de possíveis anacronismos, analisaremos as posturas do STF em relação a duas linhas de pensamento jurídico que, embora guardem entre si os mesmos pressupostos, acabam por assumir desenvolvimentos autônomos, e que em um determinado momento chegam a ser, até mesmo, integralmente antagônicas. Estamos diante da “Jurisprudência dos Interesses” e do “Movimento do Direito Livre”. Sobre os seus pressupostos, diga-se com base, na linha proposta pela segunda fase do pensamento de Ihering (FASSÒ, 1996, p. 162-170).

De forma bastante genérica, enquanto a primeira considera que o intérprete pode se valer de subterfúgios para suplantar a decisão do órgão legiferante, para além dos limites do texto, mesmo que diante de diferentes interesses em jogo (HECK, 2018; HECK, 1947), por outro lado, a segunda possibilita um grau de abertura ainda maior, o que envolve o próprio conceito de direito. Isto porque, neste caso, o preceito (a lei propriamente dita), quando muito, assume uma perspectiva secundária, não sendo tributário do ato posicionador de uma autoridade humana, muito embora, também, diante de uma lei, o intérprete não deva ignorá-la (KANTOROWICZ, 2018; KANTOROWICZ, 2019).

De todo o modo, o movimento em referência considera que o intérprete, no âmbito de sua fundamentação - daí uma maior abertura, principalmente em casos de possíveis “lacunas” - deverá valer-se de uma fundamentação enquanto ato de vontade, ou mesmo recorrendo à uma espécie de “sensibilidade” (Fuchs) de todas as perspectivas sociais (KAUFMANN,

2002, p. 174 e ss). Desse modo, será possível analisar, a partir dessas duas linhas de raciocínio, se o STF ultrapassa ou não os “limites textuais”.

A questão é evidentemente relevante, pois dessa discussão secular é possível extrair alguns elementos teóricos fundamentais que nos auxiliarão no processo de análise crítica acerca das técnicas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal no processo de produção de decisões no âmbito do controle de constitucionalidade, quando deve estabelecer o correto alcance das normas constitucionais paramétricas e das normas infraconstitucionais, objeto do controle.

2. DO PRESSUPOSTO DIRETO AO MOMENTO CONFORMADOR

O desenvolvimento dialético do pensamento jurídico a que se assistiu no período novecentista foi marcado por uma multiplicidade de debates metodológicos, principalmente pelos contributos germânicos que fomentaram os debates em torno de uma visão para se pensar e entender nuclearmente o direito e o seu objeto.

Duas concepções tradicionais se reportam como suficientemente importantes e merecedoras de atenção cujo destaque é tributário da querela metodológica do século passado. De um lado, a chamada Escola da “Jurisprudência dos Interesses”; de outro, a Escola do “Movimento do Direito Livre”. São dois movimentos metodológicos da cultura jurídica que surgem no contexto histórico das primeiras “duas décadas”³ dos novecentos em uma Alemanha já unificada, como também juridicamente coordenada e seduzida pela sistemática do Código Civil (o “BGB”).

O referido famoso Código introduziu, em algum grau, uma perspectiva formalista a partir dos seus ideólogos, assente em bases dispositivas fundamentadas na ideia de segurança jurídica. O embrião desta visão, como se verifica na formação da corrente metodológica, desdobra-se da própria Escola Histórica, quando esta esquece da própria historicidade do direito, restando-lhes a formação conceitual dos institutos e das construções jurídicas, mais ou menos reintroduzidas a partir de uma historiografia conceitual e, portanto, daquilo que se conhece por jurisprudência dos conceitos.

3 Embora seja-nos possível encontrar as raízes dos seus pressupostos já ao final dos oitocentos, seja com BÜLOW, seja mesmo – e principalmente – com IHERING, cf., CORDEIRO, 2002, p. X. Em algum sentido, aparece em LARENZ, 1993, p. 81.

Não é objeto de pretensão neste artigo estabelecer incursão aprofundada sobre cada um desses pontos ou questões metodológicas, já que cada uma delas teses autônomas e específicas reclama especial delineamento. Todavia, de forma bastante sintética, deve-se apontar que neste quadro, um pensamento que se revela como de fundamental importância, e como “fio condutor” para o desenvolvimento das bases teóricas de ambos os movimentos da Jurisprudência dos Interesses e do Movimento do Direito Livre, é o de recusa ao formalismo jurídico. Isso se dá principalmente no âmbito da teoria da interpretação e se deu como um contributo diretamente relacionado ao lastro das ideias lançadas do que se pode licitamente atribuir ao pensamento do «segundo IHERING». Nesta versão, ele abandona alguma de suas perspectivas formuladas quando partidário, nos escritos da juventude, do conceitualismo formalista (em boa medida na formação de diferentes sínteses como exposto em “*Espírito do Direito Romano*”), fruto de um complexo quadro lógico-sistemático ligado ao lado romanista que se desdobra da Escola Histórica do Direito⁴.

É possível introduzir o pensamento tardio de IHERING, assim considerado pela “virada” no seu pensamento. Em um primeiro plano, em direção à “*juris-prudência teleológica*” e à “*finalidade do direito*”⁵; em um segundo plano, em detrimento ao conceitualismo da construção e da formação do Direito e de sua “ciência”, a partir de uma estrutura lógico-dedutiva dos institutos e dos princípios gerais com base em uma perspectiva sistemática.

Recorre-se, nesta via, à famosa e reveladora expressão de IHERING em que o “*fim é o criador do Direito*”, reconduzindo-a à aceitação da ideia de que o que verdadeiramente move o homem é a força dos interesses que se subtrai da própria realidade da vida (IHERING, s/ano, p. 273-274; LAUBE, 1949, p. 291). Daí que, com base nos diferentes interesses que se

4 Sobre a ala romanista e germanista da Escola Histórica do Direito, cita-se SCHIOPPA, 2014; WIEACKER, 1993.

5 Interessante a este respeito é apontar que a «*Magnum opus*» de Ihering é, certamente, o «*Espírito do Direito Romano*», publicado entre os anos de 1852-1865. Todavia, a viragem em direção ao pensamento teleológico e aos fins do direito, faz-se possível notar em algumas linhas de sua «*A Luta pelo Direito*» (1872), embora ganhando maiores contornos – e defesa pelos interesses e fins do direito – em sua obra «*A finalidade do Direito*». Sobre essa viragem, em contrapartida ao pensamento de FIKENTSCHER (para quem há um processo de continuidade), ver LARENZ, 1993, p. 29 e ss, com atenção especial nas notas; por todos, também FASSÔ, 1996, p. 162; HESPANHA, 2012, p. 456 e ss. No Brasil, importante artigo com alguns dos principais traços teóricos são apontados por MONTEIRO, 2019, em especial, pp. 80 e ss.

desenvolvem na sociedade, deve-se dizer que é a partir do momento em que estes são protegidos pelo Direito dentro de uma realidade cultura específica é que se pode falar, tanto em um momento de realização do Direito, como também de existência do Direito.

Desse modo, faz-se possível aludir a uma correspondente compreensão do fenômeno jurídico em conformidade com os fins sociais e os interesses dos sujeitos em uma comunidade jurídico-política. Assim, no pensamento de IHERING, o momento realizador passa por aquela ação conjunta, isto é, a transformação da própria sociedade, que ocorre a partir de uma “codependência” com a decisão estatal, por encontrar pressuposto na própria ideia de “Estado de Direito” (no sentido de “*Rechtstaat*”) e na força estatal, enquanto também principal fonte do Direito.

Em que pese essa manifestação entre ambos os fenômenos, segundo KAUFMANN (2002, p. 172), ainda assim há uma compreensão do Direito à luz dos fins sociais e que, muito embora, esteja presente aquela “codependência”, conforme acima exposto, a “normatividade” se extrai pelas condições de vida na sociedade.

Colocada a questão, pode-se mesmo dizer que são os contributos - principalmente os advindos do “segundo IHERING” - que terão influenciado a compreensão da interpretação jurídica, tanto pela Jurisprudência dos Interesses (HECK, 1947, p. 315), como também pelo “Movimento do Direito Livre”. Nesta linha, devem ser consideradas as particularidades, circunstâncias, e perspectivas metodológicas que essa visões do Direito possuem e que são contrárias ao formalismo conceitual, principal legado deixado pela “jurisprudência dos Conceitos”, corrente relevante da Escola positivista, percebida esta em sua acepção mais ampla.

Por isso, apesar da proximidade de ambos ao entrecruzarem uma análise do Direito voltada para os fins, ou seja, para a finalidade do direito, sendo certo que são ideias contrárias ao formalismo, por outro lado, principalmente no âmbito metodológico- interpretativo, tais ideias guardam consideráveis distanciamentos, ou, se quiser, compreensões completamente distintas. É o que tentaremos mostrar a seguir.

3. JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES

As críticas dirigidas ao “primado da lógica”, fruto do conceitualismo abstrato do pandectismo oitocentista, não resistiu à introdução de um elemento teleológico com vistas a considerar o Direito em seu íntimo

vínculo com o espectro da finalidade defendido por IHERING. Aliado a isto, não se pode ignorar - sob pena de anacronismos indesejáveis - que uma tal contribuição relevante para essa perspectiva se revela, no seio das idiossincrasias do processo de transformações social, cultural, econômica, etc. da virada do século. Tais condições se mostraram indissociáveis para o surgimento do movimento jurídico-metodológico, tão significativo para o pensamento jurídico, que é a Jurisprudência dos Interesses, cujo principal mote ecoou nos discursos de HECK em Tübingen quando afirmou: «*não ao primado da lógica, sim aos valores inerentes à vida!*»⁶.

Assim sendo, apesar de uma gama de Autores, cada qual com o seu entendimento e tese, embora conexamente próximos, apesar de perfilharem de uma posição proeminente de contribuição direta para a formação da Jurisprudência dos Interesses, como HECK, MÜLLER-ERZBACH, STOLL, RÜMELIN, para ficarmos apenas com estes, além das diferentes qualificações e direções propostas por cada um destes, o que agora sobretudo importa sublinhar é aquela linha cujo principal expoente foi HECK.

Em termos amplos, o Direito - com “D” maiúsculo - não estaria reduzido à tarefa de um legislador racional, algo que há muito fora sublinhado com toda a nitidez pelo historicismo em SAVIGNY⁷, seguido posteriormente com alguma modificação conceitual por IHERING. Naquele (SAVIGNY), foi estabelecida a ideia nuclear de que o Direito é fruto de um incessante processo de sedimentação, sendo ainda considerado como uma espécie de organismo vivo⁸ que “brota” à luz do equilíbrio dos diferentes interesses, e cuja *finalidade* é a preservação e a “harmonia da vida social” (HESPANHA, 2012, p. 456).

Nesta direção, para HECK (1947, p. 13 e ss.) o Direito não se reporta como refém de um “paraíso conceitual”, em que esses conceitos se encontram, muitas vezes, obnubilados e desconexos. Antes, é o Direito fruto dos diferentes interesses e necessidades cujos fins conferem

6 KAUFMANN, 2002, p. 173 e FASSÔ, 1996, p. 165, embora seja possível identificar isso em HECK, 1947.

7 Não precisamos seguir mais detidamente o que aponta SAVIGNY (s/ano, em especial, pp. 27 e ss), algo que fica evidente em seu manifesto contrário aos movimentos de codificação que se insinuavam naquela quadra histórica em que, para Savigny, o “povo” germânico ainda não havia interiorizado e atingido a “maturidade jurídica” adequada para a elaboração de um Código (aos moldes do francês e de outras “codificações” ou se quiser “compilações”).

8 A ideia de organismo vivo tributária de HERDER, mas de Autores do “idealismo alemão pós-kantiano” como SCHELLING.

normatividade aos *comandos*. Ainda, observa-se que a decisão judicial assume característica específica, cuja importância fundamental diz respeito a satisfação das necessidades mundanas da vida em sociedade, de desejos, aspirações, seja de ordem material, pública, ideal, moral, econômica (etc.). São, então, fundamentais, esses interesses que brotam no seio da convivência em sociedade e que se compatibilizam, de acordo com uma justa pretensão.

Precisamente por isso, é que não será difícil reconhecer que, incessantemente, vêm à tona os diferentes conflitos de interesses, principalmente pela ausência de uma uniformidade de interesses que movem os homens. Daí a função do legislador e do próprio Direito, fundamentalmente no seio da decisão judicial, em solucionar os diferentes conflitos, a partir de uma tarefa de integração. Seria aquilo que, nos dias atuais, chamaríamos de ação a quatro mãos entre legislador e juiz e que vem se tornando, a nosso juízo, uma característica incontornável do direito contemporâneo.

A proposta de HECK alberga um fundamento específico que corresponde a noção de finalidade do direito, em conformidade com às exigências da vida humana, por meio de uma concepção que não deixa de ser, em grande medida, sociológica. Afinal de contas, o que se assistiu ao final do século XIX foi uma perspectiva empírica de justificação dos fatos sociais, de tal sorte que o papel do Direito e o papel do legislador são considerados chanceladores do processo de adequação à realidade social, seguindo os diferentes imperativos e interesses em jogo, de acordo com às exigências da vida.

Com efeito, as exigências da vida podem vir a ser compreendidas sob quaisquer hipóteses, em conformidade com parâmetros subjetivos ou ponto de vista que implique em uma pretensão. Desta forma, caberia ao legislador interiorizar e materializar essas exigências da vida dentro do ordenamento jurídico, buscando apreender, dentro de uma sociedade, os principais interesses que figuram como pretensões, de forma a conferir proteção e tutela a esses sujeitos que compõem esse grupo social. (HECK, 1947, p. X). Assim, e em termos simples, podemos dizer que para a Jurisprudência dos Interesses, como linha metodológica, o que interessa é identificar os interesses e a finalidade do Direito na solução de problemas concretos, cabendo, por isso, ao julgador a tarefa de decidir de acordo com as necessidades da vida em sociedade.

Pelo exposto, uma contribuição interessante da Jurisprudência dos Interesses no campo da interpretação jurídica, na visão de HECK

(1947, p. 173), é aquela que aponta, a) tanto para a questão das lacunas, como também para b) a chamada “ponderação” dos conflitos e interesses.

A primeira, certamente, encontra uma perspectiva que supera aquela característica central do positivismo “primitivo”, que compreenderia o ordenamento jurídico como um todo monolítico, sem qualquer hipótese de lacunas, como defendido pela Jurisprudência dos Conceitos; aliás, já do outro lado do Reno, a superação se dá pelos juristas franceses, em cujos termos reportam-se ao aspecto de uma lógica intrínseca atribuída à relação Direito/Lei/Sistema, e na qual haveria sempre uma norma suficientemente capaz de regular casos futuros (FASSÒ, 1996, p. 166).

Essa ideia não estaria apta a se sustentar a partir do que defende HECK. E isso decorre pelo fato de que os problemas com lacunas jurídicas podem vir a surgir como uma questão intrínseca ao próprio Direito. É que desenvolvimento jurídico em uma sociedade que incessantemente aponta para novos interesses e necessidades, acabam por reclamar para si a tutela estatal a tais novos interesses e necessidades.

Segundo FASSÒ (1996, p. 166), a partir do que alude HECK (1947, p. 173 e ss e 242-247), pode-se dizer que em algum momento a decisão judicial poderá ser fundamentada com base em uma perspectiva axiológica. Isto porque, o intérprete acaba por se colocar na posição do legislador, a fim de identificar os diferentes interesses em jogo, estabelecendo uma espécie de “valoração autônoma”, sendo que esta ideia se alinha, conexamente, com um segundo aspecto da interpretação: equilíbrio ou «balanceamento» dos diferentes conflitos e interesses em jogo.

Então, é no início dos noventa⁹ que este segundo aspecto passa a ser observado de forma mais ajustada. Busca-se analisar a necessidade de se equilibrar ou “balancear” os diferentes conflitos e interesses em jogo, principalmente diante de um caso concreto, de acordo com aquilo que comumente se denomina como «ponderação» e «ponderação de interesses» que se verifica. Se, por um lado, incumbe-se o legislador do papel de ponderar e direcionar as diferentes pretensões e interesses (causais) dos indivíduos em uma sociedade, principalmente por meio da atividade legislativa (em um sentido muitíssimo amplo), cuja materialização se verifica na ordem jurídica; por outro lado, cumpre ao judiciário o papel de ponderar interesses no âmbito dos casos jurídicos concretos, não se podendo deixar de ignorar a “obediência inteligente à lei”.

9 Embora no campo da jurisprudência, antes de 1950, segundo RÜCKERT (2018, p. 246), apenas um único caso fez menção ao termo “ponderação de interesses”.

Com efeito, a ponderação aqui apontada exerce uma espécie de orientação diretiva, a fim de auxiliar na investigação, mais ou menos profunda, acerca dos diferentes interesses em jogo. Além disso, observa-se, também, as condições da vida humana perante o caso jurídico concreto, principalmente nos casos de lacunas jurídicas, na qual, subordinando-se à lei, não se poderá deixar de apontar que o papel fundamental do magistrado. É que dentro dos diferentes conflitos e interesses em jogo há de se ter em conta um diálogo deste com o próprio legislador, já que a decisão implica em uma espécie de criação de direito novo com base na relação causal.

Desta forma, a produção jurídica concreta, a partir do conflito de interesses no caso, implica na ideia de complementação entre aquilo que, por um lado, se identifica, quanto aos fundamentos, a) em direção a finalidade do direito na resolução dos conflitos e, por outro lado, b) do dever de obediência à lei, sendo este um limite intransponível na atividade jurisdicional. Por isso, a ideia produtiva da decisão que prevalece, enquanto perspectiva norteadora já que se torna um parâmetro para a resolução do conflito de interesses em jogo.

De uma maneira ainda mais clara: o que está em causa será, na esteira das afirmações de HECK (1947, p. 232), que o juiz analisa e considera os diferentes interesses, comparando-os com tantos outros que se encontram passíveis de serem correlacionados. Assim, sua atividade será valorativa, isto é, exige-se a valoração tendo por referência os diferentes interesses que se subtraem da própria lei, ou que possa vir a ser construído de forma produtiva com base em outros critérios jurídicos. É lícito, pois, afirmar, nos dizeres de KAUFMANN (2002, p. 174), que o juiz no caso concreto colmata lacunas através de uma *complementação*. No caso, embora não se tratasse de uma criação propriamente dita, dar-se-ia o surgimento de direito novo, orquestrado esse por uma perspectiva teleológica.

No âmbito do sistema jurídico brasileiro contemporâneo, essa técnica vem sendo observada, muito embora sob a influência de outras perspectivas de análise. O que faz interessante ressaltar é que a atuação do Supremo Tribunal Federal não é inovadora e, nem mesmo, cópia, pura e simples, de atuações de outras Cortes Constitucionais (principalmente europeias); ela encontra fundamentos teóricos em tradicionais escolas do Direito. Não são poucas as decisões havidas pela Corte brasileira em que os seus Ministros se utilizam fartamente de argumentos de ordem pragmática, que parecem ir em direção aos ideais defendidos pela Jurisprudência dos Interesses.

Nessa linha, também não há como deixar de observar que aos argumentos lógico- legais, cada vez mais se juntam outros de natureza ético-legal e pragmática no processo de fundamentação do Direito. Na verdade, nas contemporâneas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal não há linhas desenvolvidas que não venham a se utilizar das mais amplas temáticas argumentativas, inclusive aqueles que tomam por fundamental, os interesses finalísticos da sociedade.

Nesta linha, basta lembrar que no processo de controle das normas infraconstitucionais pela própria Constituição, é possível reconhecer a inconstitucionalidade da norma e, concomitantemente, reconhecer que a mesma pode permanecer produzindo efeitos no mundo jurídico, com base no que dispõe dispositivo normativo legal. Trata-se do paradigmático art. 27 da Lei 9.868/99, que reconhece a possibilidade de modulação dos efeitos da norma inconstitucional para lhe conferir eficácia *pro futuro* com base no excepcional interesse social. Nessa linha, há de se ter em vista que se utiliza um mecanismo de ponderação de valores, por um lado a supremacia constitucional, de outro lado o interesse social (BARROSO, 2019, p. 285). O interesse tem aqui, textualmente, reconhecido sua superior importância, a ponto de referendar a manutenção de produção de efeitos em normas desconformes aos parâmetros constitucionais¹⁰, além de muitas outras situações em que o conceito é trazido à tona, ou pela normatização infraconstitucional¹¹, ou mesmo pelas vias decisória, no âmbito do processo de motivação¹².

Evidentemente, a própria lógica do sistema traz consigo a possibilidade de que os interesses sejam observados no processo de delimitamento jurídico. Nesta linha, quando o Supremo Tribunal Federal se utiliza de uma perspectiva que já anteriormente era abordada pela Jurisprudência dos Interesses, ele não inova de forma contundente, pois a própria legislação (preservando a ideia de imperatividade da lei em seu sentido alargado) traz para o interior das análises a necessidade de considerar o valor “interesse” como essencial na definição da juridicidade.

Embora não se possa afirmar que exista por parte do Supremo Tribunal Federal a assunção de todos os pressupostos da Escola da Ju-

10 Podemos citar como precedentes a ADI 6089/ CE; ADI 5441/ SC; ADI 3775/ RS, no âmbito do controle concentrado.

11 Como por exemplo, no Art. 306 do Regimento Interno do Superior Tribunal do Trabalho, ou mesmo na possibilidade de

12 A título de exemplo, APL 89.2011.8.06.0064 CE, APL 78.2014.8060.064 CE.

risprudência dos Interesses, o fato é que a visão constitucional pós-positivista assumida pela Corte brasileira certamente dela se aproxima (ao menos em alguns aspectos), ao alargar as possibilidades de uma visão exclusivamente lógico-formal do Direito, aderindo a outras linhas definidoras do direito, essas também relacionadas a posições ético-morais e pragmáticas. Porém, deve-se admitir que os argumentos da Jurisprudência dos Interesses não alcançam uma gama argumentativa tão rica como aquela que pretende oferecer o hodierno Constitucionalismo pós-positivista praticado no Brasil.

4. O “MOVIMENTO DO DIREITO LIVRE” E OS TRAÇOS DE UM CONCEITO

Pelo exposto, já tivemos a oportunidade de afirmar em momento oportuno que o pensamento tardio de IHERING constitui o fio condutor para o surgimento de diferentes linhas de pensamento e perspectivas metodológicas, interessando-nos, em especial, o caminho legado à “Jurisprudência dos Interesses” e ao “Movimento do Direito Livre”¹³. Cumpre-nos agora estudarmos este último movimento, sendo mesmo considerado uma linha de pensamento escolar fruto do pensamento jurídico ocidental e um movimento “filho do século XX”, a partir do mesmo contexto histórico-temporal específico de sua “irmã siamesa”, cuja ligação umbilical é o pensamento teleológico de IHERING.

Desde logo, faz-se importante observar que o aspecto que liga ambos os movimentos não se reduzem a perspectiva teleológica – a finalidade do Direito – professada por IHERING, mas também existe entre elas um nexos comum de recusa ao formalismo oitocentista, naquilo que nuclearmente pode-se designar como “abstração e generalidade”. Além disso, como corolário desta primeira visão, rejeita a tentativa de formação de um sistema que opere segundo uma lógica interna de dedução de conceitos jurídicos aos casos concretos, assim como no campo da interpretação jurídica recusam-lhes a prática da subsunção¹⁴.

Tendo em vista essas principais características que as une, não se pode, sob uma perspectiva rigorosa, deixar de apontar para aquilo que rompe com tais similitudes. É que no âmbito da Jurisprudência dos In-

13 Não se pode negar à importância de BÜLOW em seu «*Gesetz und Richteramt*» que constitui um dos pressupostos do Movimento do Direito Livre, cf., FASSÒ, 1996, p. 167; LARENZ, 1993, p. 78 e ss.

14 Sobre alguns aspectos dessa característica do formalismo, cf. ATIENZA, 2004, p. 275-278.

teresses, os diferentes interesses em jogo se desdobram a partir da ideia de finalidade do direito, que seria fruto de um incessante processo de sedimentação histórica dos interesses (HECK, 1947, p. 66 e ss). Além disso, teríamos a importância que se atribui ao papel da lei como um limite intransponível para se alcançar a própria finalidade do direito.

Desta forma, enquanto na Jurisprudência dos Interesses o que está em causa é, fundamentalmente, uma análise adequada dos diferentes interesses em jogo que podem vir a ser ponderados - mesmo que tais interesses estejam albergados pela chancela do legislador -, o Movimento do Direito Livre opera sob outros parâmetros, a começar pela ideia de que a lei assume um sentido secundário, isto é, torna-se uma das múltiplas possibilidades afirmativas do Direito, e por isso mesmo uma questão meramente secundária.

A expressão “Direito Livre” remonta-nos aquilo que denominou EHRlich de desenvolvimento do fenômeno jurídico a partir do aspecto social de forma espontânea e livre das amarras do pensamento formalista, que outrora dominou o início do século. Todavia, para além de uma perspectiva sociológica – embora dela não se possa negar seu fio condutor para a formação dessa corrente metodológica -, foi a partir dos escritos de KANTOROWICZ “*o mais brilhante pensador do movimento do direito livre*”, como qualificou KAUFMANN (2002, p. 174), é que se apresentou uma abertura para novos rumos.

Assim, a ideia de Direito Livre a partir do pensamento do seu principal expoente é que o Direito é mais do que a ideia correlata fruto da modernidade entre *Lex e Iuris*, muito embora o movimento não se preocupasse tanto com os debates filosóficos e de questionamento acerca da condição de possibilidade de se pensar o Direito propriamente dito. Para este movimento a prática jurídica, as instituições, a tradição histórica, os fatos sociais e culturais, todos existem independentemente do que afirma o Estado. Poder-se-ia mesmo afirmar que aquilo que não se nega a participação do Estado na conformação do Direito, já que este faria a filtragem dessa multiplicidade de concepções que se concatenam no Direito. (KANTOROWICZ, 1964, p. 59)

Assim, seguindo esta linha, não se pode verdadeiramente falar-se em recusa a Lei a partir de uma subversão ao aspecto conformador do Estado, mas, o que se estaria em causa seria que antes da lei, antes da chancela do legislador, sempre haveria um Direito que se encontraria encoberto e, portanto, livre.

Talvez seja mesmo possível questionar se tal perspectiva não se reporta a um «neojusnaturalismo», embora isso fosse recusado por Autores como KANTAROWICZ (2019). Para ele, o Direito não brota da natureza ou como uma *lumen naturale* como no jusnaturalismo clássico e suas ideias de imutabilidade, em uma perspectiva de eternidade e da existência de um ente maior (FASSÒ, 1996, p. 167). Na verdade, diz-nos o autor em tela que, tanto o direito livre, como também o jusnaturalismo, ambos se reportam como perspectivas distintas do direito positivo, em sua perspectiva mais própria.

Segundo FASSÒ (1996, p. 167), o Movimento do Direito Livre compreende que há um processo de amadurecimento a partir das forças históricas, da realidade social, da mesma maneira que ocorre nos processos de mutação e desenvolvimento (etc.). Por isso mesmo é que se pode dizer que para essa linha de raciocínio, o direito propriamente dito não guarda uma dependência com um ato de vontade humana a partir de um legislador racional, sendo conformado por uma espécie de caráter histórico-social.

Em suma, a importância fundamental para o Movimento do Direito Livre recai na síntese da compreensibilidade do Direito enquanto um fenômeno que não se encontra circunscrito a) a um aspecto formal, b) aos diferentes interesses em jogo em uma sociedade, c) ou mesmo a própria lei e o direito estatal, já que ambos são aspectos secundários dentro deste todo ainda maior que é o Direito.

Como dito anteriormente, isto não quer dizer que se ignora a ordem jurídica e os diferentes mecanismos de coercibilidade, mas, antes, o que está em causa é no sentido de que, *v.g.*, diante de um caso jurídico concreto, ainda que não se tenha um direito posto suficientemente capaz de regular o caso, ainda assim faz-se possível encontrar o *Direito*.

Daí que regressando novamente a questão quanto ao aspecto da força da lei, como bem nos alerta KAUFMANN (2002, p. 174), é de se reiterar que a ideia “Direito Livre” pode(ria) indicar uma perspectiva de um direito sem lei e que no seio de uma decisão judicial ao juiz fosse lícito invocar quaisquer critérios, o que não se reporta como possível, algo que sequer os expoentes do movimento chegaram a defender.

Em verdade, KANTOROWICZ publicou em 1911 um manifesto “*fábula contra- legem*”, defendendo que não está em causa a possibilidade de o intérprete ignorar a lei diante do caso concreto. Pelo contrário, o que está em causa é, pois, apresentar uma perspectiva capaz de, em alguns

casos, auxiliar o intérprete, de forma a tornar possível uma solução juridicamente adequada para casos em que há lacunas jurídicas.

Ora, como já tivemos a oportunidade de apontar ao tratar da Jurisprudência dos Interesses, é que para esta Escola, nos casos de lacunas, há que se falar em uma tarefa produtiva do intérprete em consonância com o próprio legislador, o que nos aproximaria de uma espécie de “diálogo institucional”, ainda que a decisão-última seja a do intérprete quanto aos diferentes interesses em jogo no caso.

Já no que diz respeito ao Movimento do Direito Livre, o que fica evidente é que estamos perante a uma perspectiva que considera que os problemas das lacunas não ocorrem apenas nos casos em que há obscuridade, imprecisão ou equívocos na lei. Antes, é mesmo possível falar-se em lacunas para aqueles casos em que a regra jurídica não consegue resolver o caso de forma inequívoca. Nesses casos o juiz, poderia, segundo esta corrente, adotar postulados *para além da própria lei*, do próprio direito estatal, afinal, já que o conceito de Direito sobressalta os limites da lei. Porém, uma questão problemática que se abre é aberta pelo próprio KANTOROWICZ, quando afirma que há «*tantas lacunas quanto palavras*».

Segundo HESPANHA (2012, p. 458) o Direito Livre busca por um caminho mais amplo se comparado com as teses predecessoras, É que no que diz respeito à decisão, não deixou de lançar mão de uma perspectiva que permitisse ao magistrado, caso a caso, identificar a partir de uma sensibilidade jurídica compartilhável a filtragem daquilo que se encontra para além dos limites estatais. Vê-se que o movimento em referência considera que o intérprete, no âmbito de sua fundamentação possui uma maior abertura, principalmente em casos de possíveis “lacunas”. Nesses casos ele deverá valer-se, para sua fundamentação, enquanto ato de vontade (Isay), ou mesmo recorrendo-se a uma espécie de “sensibilidade” (Fuchs), de todas as perspectivas sociais (KAUFMANN, 2002, p. 174 e ss.)

Dito isto, mais uma vez, a lei para o movimento do Direito Livre é apenas um dos diferentes dados e parâmetros dentro de uma ordem jurídica cambiante, dos quais permitem aceder ao Direito, sendo este *Livre* das amarras estatais.

Embora não possamos de todo afastar que essas linhas mais extensivas do Direito Livre sejam, eventualmente, suscitadas no âmbito da argumentação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, na verdade é que a Corte ainda não ousou explicitamente apontá-la em seus julgados. As posições pós-positivistas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal

tendem a agir dentro de uma lógica interpretativista fundada em perspectivas normativo-principiológicas, evitando se expandir para fora do quadro normativo-jurídico estatal.

Essa última sentença encontra justificativa, seja porque a) a Constituição de 1988 estabelece uma extensão normativo-principiológica amplíssima; seja porque b) hodiernamente os elementos metodológico-interpretativos oferecem múltiplas técnicas de alargamento semântico do Texto Constitucional; seja ainda porque c) as sociedades democráticas contemporâneas exigem que a Constituição assuma uma enorme gama de valores sociais, de maneira a contemplar os vários grupos que dela fazem parte. Por isso, a verdade é que não há muitas razões para que as técnicas da Escola do Direito Livre venham a ser demandadas.

A alegação de que o Direito pode estar além dos limites institucionais tradicionalmente reconhecidos, neste caso pode nos levar a relativismos e subjetivismos extremos, de maneira a descaracterizar o texto como um limite ao direito. Isto não apenas desrespeita uma tradição construída no tempo, como concede força à arbitrariedade momentânea. Cumpre lembrar que em sociedade pluriculturais/ multiculturais não há consensos acerca de um ideal de justiça e, por isso, legitimar decisões que estejam além das possibilidades semânticas do direito para recorrer a uma ideia de justiça forjada por um único artífice, certamente joga por terra alguns conceitos fundantes de nossa tradição, tais como estado de direito, estado democrático de direito, soberania popular.

A adoção de uma posição como esta nos levaria a entender que na inexistência do reconhecimento de um quadro constitucional normativamente formalizado, em que o texto deve ser respeitado em suas fronteiras semânticas, estaríamos todos, possivelmente, condenados a um subjetivismo arbitrário, que dificilmente encontraria no destinatário o reconhecimento de uma validade legítima, principalmente em sociedades hipercomplexas e tão axiologicamente divididas.

Por essa razão, entendamos que as escolas em questão nos ofereçam possibilidades para uma reflexão mais aprofundada acerca das possibilidades do constitucionalismo pós-positivistas adotado no Brasil. Nessa linha, deve-se esclarecer que, embora devamos admitir que as linhas teórico-argumentativas oferecidas pela Jurisprudência dos Interesses servem, mesmo que de forma incompleta, para a formatação de linhas argumentativas que sustentam o processo interpretativo pelo Supremo Tribunal Federal, as posições teóricas defendidas pela Escola do Direito Livre parecem,

mesmo que acompanhada de boas intenções, em muito se afastar de um projeto jurídico que tenha pretensões democráticas e de legitimidade.

4. CONCLUSÕES

É possível reconhecer as grandes contribuições intelectuais que nos legaram as Escolas da Jurisprudência dos Interesses e Escola do Direito Livre, no âmbito do pensamento jurídico, enriquecendo o debate e provocando grandes reflexões no que se refere às suas influências nas atuais linhas hermenêuticas adotadas no mundo jurídico ocidental. Todavia, é possível concluir que o aproveitamento das linhas teóricas definidas pela Escola da Jurisprudência dos Interesses ao sistema jurídico-constitucional brasileiro, embora aqui ainda se possam identificar aproximações, é limitado. Na verdade, o arsenal argumentativo de que se utiliza o hodierno constitucionalismo pós-positivista praticado no Brasil parece abarcar perspectivas ético-morais que são inibidas nas posições defendidas pelos teóricos da Jurisprudência dos Interesses.

Por outro lado, entendemos como inconvenientes as posições teóricas defendidas pela Escola do Direito Livre para o sistema jurídico-constitucional brasileiro. Os amplos debates havidos sobre os alicerces sustentadores do Estado Democrático de Direito parecem não se coadunar com esta posição que, embora desenvolvida por argumentos bem-intencionados, afastam-se de posições que aproximam o quadro jurídico-político de uma visão democrática e legítima.

5. REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. *El Sentido del Derecho*. 2. ed., 2. reimp. Barcelona: Ariel, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5441/SC, Rel. Min. Alexandre de Moraes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julg., 18.08.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 6089/CE, Rel. Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julg. 08.02.2021;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI. N. 3775/RS, Rel. Min. Carmén Lúcia. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julg. 20.04.2020

CORDEIRO, António Menezes. Introdução à Edição Portuguesa. In: CANARIS, Claus- Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002;

FASSÒ, Guido. *História de la Filosofía del Derecho 3. Siglos XIX y XX*. Madrid: Ediciones Pirámides, 1996;

HECK, Philipp. Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses. Trad. José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva, 1947.

HESPAÑA, António Manuel. A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milénio. Coimbra: Almedina, 2012;

KANTOROWICZ, Hermann. *La Definición del Derecho*. Chile: Ed. Jurídica Olejnik, 2018.

KANTOROWICZ, Hermann. *La Lucha por la Ciencia del Derecho*. Chile: Ed. Jurídica Olejnik, 2019.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: _____; HASSEMER, W. (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002;

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUBE, Herbert D. Jurisprudence of Interests. In: *Cornell Law Review*, Vol. 34, Rev. 291, (1949). Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol34/iss3/1>>.

MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes. Notas sobre os movimentos teóricos advindos do “Segundo Jhering”: A Jurisprudência dos Interesses e o Movimento Do Direito Livre. In: *Cadernos EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1.-158, out.2018/mar.2019, pp. 71-98.

RÜCKERT, Joachim. Ponderação – a carreira jurídica de um conceito estranho ao direito ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional. Trad. Thiago Reis. In: *Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - Revista Direito GV*. São Paulo, Vol. 1, n. 1, pp. 240-267, jan-abr, 2018.

SAVIGNY, F. C. von. *De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*. Trad. Adolfo Posada. Madrid: Imprenta de Agustín Avrial, s/ano, p. 28.

SCHIOPPA, António Padoa. *História do Direito na Europa: Da Idade Média à Idade Contemporânea*. Trad. Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. António M. Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993;

VERBAS ALIMENTARES E A EXECUÇÃO INFRUTÍFERA: UMA ANÁLISE DOGMÁTICA, DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL (NO ÂMBITO DO TJRJ) DA RELATIVIZAÇÃO À IMPENHORABILIDADE COMO FORMA DA PRESTAÇÃO DA EFETIVA TUTELA JURISDICIONAL

CARVALHO E SILVA, Andrew¹
NASCIMENTO BRAGA JUNIOR, Getúlio²

- 1 Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense, contatável pelo e-mail andrewcarvalho@id.uff.br e membro pesquisador vinculado ao Grupo de Estudos em Jurisdição, Constituição e Processo, UFF/VR.
- 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). Contatável pelo e-mail ge.bragajunior@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo central analisar o instituto da impenhorabilidade à luz do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) no que tange às verbas alimentares e à possibilidade de sua relativização como forma de se prestar a efetiva tutela jurisdicional conferida ao credor. Neste diapasão, abordou-se de forma analítica o instituto da impenhorabilidade como forma de proteção ao executado bem como seus princípios constitucionais norteadores, ao passo que se analisou, também, a proteção conferida ao crédito e seus princípios relativos. Nesse escopo, portanto, foi realizado um trabalho de análise jurisprudencial a fim de evidenciar se há a possibilidade de relativização da previsão acerca da impenhorabilidade envolvendo as verbas alimentares, constantes no artigo 833, inciso IV do CPC/2015 e também conceituadas no artigo 100, §1º da CRFB/88, para além dos limites legais, pontuando como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) vem lidando com a temática. A pesquisa conclui, preliminarmente, pela não-pacificação acerca da possibilidade de relativização da impenhorabilidade das verbas alimentares no âmbito do TJRJ.

Palavras-chave: Impenhorabilidade; Verbas alimentares; Tutela jurisdicional; Execução infrutífera; Relativização

1. INTRODUÇÃO

Imprescindível é a veracidade da afirmação de que o Poder Judiciário, no âmbito do neoconstitucionalismo – sistema no qual a Constituição se incumbem de papel fundamental à efetivação dos direitos fundamentais –, é um instrumento do Estado cujo dever maior é prestar a efetiva tutela jurisdicional, ao exercer a jurisdição. Nesse sentido, a Constituição passa a se portar como o centro de um sistema, no qual os Poderes Públicos, ao observarem e aplicarem as leis, além da forma que é contida na Constituição, devem se portar em consonância com seu espírito, seus valores e seu caráter axiológico (LENZA, 2009, p. 09-10).

Destarte, cabe dizer que, para efetivar o papel da eficiência consoante no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), é mister fazer valer a prestação da pretensão judicial de forma efetiva, ensejando efeitos tanto formais quanto materiais. No tocante à matéria executória, o processo de execução, portanto, em face do direito obrigacional, consiste em técnica através da qual o Poder Judiciário visa a prestação da tutela a um credor em face de um devedor. Conforme salienta Fredie Didier Jr., Leonardo Cunha, Paula Braga e Rafael Alexandria (2017, p. 65), considerado direito fundamental à tutela executiva, “O devido processo legal, cláusula geral processual constitucional, tem como um de seus corolários o princípio da efetividade: os direitos devem ser efetivados, não apenas reconhecidos.” Deste entendimento, portanto, extrai-se a necessidade de o processo de execução garantir a efetividade do direito que fora reconhecido por sentença, através de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

O instituto da impenhorabilidade, por sua vez, se apresenta como uma forma de restringir o direito fundamental proveniente da tutela executiva, sendo, tal técnica processual, uma limitação da atividade executiva que impede o sequestro do bem para satisfazer a dívida do credor, fundada mediante a necessidade de se proteger bens jurídicos relevantes, como o direito ao patrimônio mínimo e a dignidade do executado (DIDIER JR et al, 2017, p.66). Sendo assim, os bens impenhoráveis não estão sujeitos à constrição judicial, sendo poupados durante a execução.

Há, no inciso IV do artigo 833 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), a consagração das hipóteses de impenhorabilidade relativa das verbas de natureza alimentar, esta que possui o intuito de proteção ao executado, a fito de garantir-lhe o recebimento dos valores destinados à sua subsistência e sobrevivência digna e de sua família. Cabe, de antemão,

salientar a semântica atribuída ao termo “verbas alimentares” em matéria cível. Como leciona Araken de Assis (2002, p. 946), a concepção de alimentos “possui o sentido amplo de compreender tudo quanto for imprescindível ao sustento, a habitação, ao vestuário, ao tratamento de enfermidades e a despesas de criação e de educação”, da mesma forma, o caput do artigo 1.694 do Código Civil nos orienta que os alimentos servirão para o necessitado “viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. Dessa forma, residente na redação do artigo 100, §1º, da CRFB/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, temos a expressa aceção dada por nossa carta magna às verbas de natureza alimentar, quando prevê que “Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado [...]”.

Ainda, imprescindível se faz diferenciar as verbas alimentares da prestação alimentícia. Introduzido de forma recente com o advento da CRFB/88, a expressão “débitos de natureza alimentícia” ora explicitada tem origem diferente da expressão “prestação alimentícia”. Esta última tem sua primeira utilização a partir da Consolidação das Leis Civis brasileiras, em seu capítulo sobre direitos entre os pais e os filhos, editado em 1858, havendo seu uso reiterado pelas legislações posteriores, como o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1939. Tais codificações utilizavam os termos prestação de alimentos e pensão alimentícia como uma referência aos originados pelas relações familiares (STJ, Resp: 1815055 – SP (2019/0141237-8), p. 12). Nessa seara, cumpre salientar que o artigo 649, inciso IV do CPC/73 preceituava que a impenhorabilidade das verbas remuneratórias era de caráter absoluto, pondo a salvo a exceção para pagamento de prestação alimentícia, esta que foi mantida pelo CPC/2015. Tendo em vista a legislação atual, a aceção de prestação de alimentos diz respeito, conforme caput do artigo 533 do CPC/2015, aos alimentos devidos pela ocorrência de um ato ilícito e a expressão “pensão alimentícia” quando faz referência aos familiares, no art. 731, II. (STJ, Resp: 1815055 – SP (2019/0141237-8), p. 17).

Superadas as diferenças semânticas, passa-se à análise que vislumbra potencial conflito entre os princípios constitucionais em relação à problemática confrontada. Dito isso, com base no princípio da utilidade (ou efetividade para outros) da execução para o credor, este oriundo do art. 797 do CPC/2015, tem-se uma maior abertura ao magistrado na fase expropria-

tória, na qual se faz valer de decisões que de fato irão prover benefício ao credor, em contrapartida ao devedor. Em outro sentido, temos o princípio da menor onerosidade ao devedor, consagrado no art. 805 da mesma legislação, o qual se atém a definir que a execução se dará de maneira menos gravosa ao devedor, devendo o executado sofrer tão somente o necessário para satisfazer o direito do exequente. Destes dois princípios surge uma pretensa tensão normativa: a proteção ao patrimônio do executado enseja um impedimento ao êxito da execução em função do crédito, respaldada nas decisões judiciais, o que resulta em uma falha concernente à efetiva tutela jurisdicional e, por outro lado, o instituto que regula a impenhorabilidade visa garantir ao executado sua mínima dignidade, primazia findada no princípio da dignidade humana, assegurada constitucionalmente.

Exemplificativamente, é possível extrair entendimento seguido por parcela doutrinária como presente na obra de Fredie Didier Jr., Leonardo Cunha, Paula Braga e Rafael Alexandria (2017) favorável à relativização da proteção dada pelo inciso IV do art. 833 do CPC/15 para as verbas alimentares, pensamento este seguido por Daniel Amorim Assumpção Neves (2018). Neste diapasão, com o presente estudo buscou-se analisar os institutos da impenhorabilidade como proteção conferida ao devedor, bem como sua possível relativização, como meio de se garantir a efetiva tutela jurisdicional ao credor, observando se a jurisprudência tem seguido o pensamento doutrinário analisado em questão.

O objetivo do presente estudo está pautado no estágio cognitivo de compreensão, o qual buscou descrever, à luz do CPC/2015 o instituto da penhora (no caso, a impenhorabilidade) a fim de se estabelecer quais os limites encontrados nos entendimentos do TJRJ e tribunais superiores, bem como o que a doutrina tem a relatar acerca dos problemas elencados.

2. METODOLOGIA

O trabalho se desenvolveu, em um primeiro momento, mediante a análise bibliográfica da dogmática pertinente ao instituto da impenhorabilidade envolvendo as verbas alimentares. Após, foi realizada uma análise jurisprudencial quantitativa no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), a qual irá analisar a jurisprudência coletada no lapso temporal de pouco antes da pandemia, ou seja, do início do ano de 2020 até o presente momento de 2021, sob os termos pesquisados: “verbas alimentares E impenhorabilidade E relativização”, bem como suas variações: “verbas e alimentares e impenhorabilidade”;

“833 e impenhorabilidade” e “833 e penhora e possibilidade”, diretamente no sítio eletrônico do respectivo tribunal. Com a análise jurisprudencial buscar-se-á o levantamento das decisões judiciais sobre a relativização, ou não, da aplicação do IV, do art. 833 do CPC/2015, no âmbito cível, em todos os órgãos do TJRJ.

3. DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Mister se faz debruçarmo-nos no tema dos princípios constitucionais, principalmente os que norteiam a matéria ora analisada, a fim de ressaltar a base e a proveniência dos institutos a serem analisados, quais sejam a proteção conferida ao devedor através da impenhorabilidade e a tutela jurisdicional, que através de alguns mecanismos, visa garantir a execução efetiva almejando a proteção ao crédito do credor.

Imposto através do artigo 8º do Código de Processo Civil de 2015, deve o órgão julgador “resguardar e promover” a dignidade humana, esta que, encontra-se de maneira suprema positivada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, quando o “Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional *supremo*” (BULOS, 2020, p. 513).

Diante de tal norma, exige-se um comportamento de maior atividade do órgão jurisdicional, visto que este deve, concomitantemente, resguardar – ao cumprir com todos os ditames deste subprincípio constitucional – e promover – o qual deve ser ativamente buscado pelas partes componentes do órgão jurisdicional.

Conforme leciona Fredie Didier Jr.:

“A eficácia vertical das normas relativas aos direitos fundamentais dirige-se à regulação da relação do Estado com o indivíduo. O exercício da função jurisdicional é exercício de função estatal. Por isso o CPC impõe ao juiz que observe esse comando constitucional.” (DIDIER, 2015, p. 76)

Desse entendimento, pode-se extrair como o Princípio da Dignidade Humana fez surgir impactos no Código de Processo Civil e no Processo Civil como matéria, dando ensejo ao surgimento de mecanismos que visassem resguardar e promover tal princípio no curso do processo, como o instituto da impenhorabilidade.

Por outro lado, o devido processo legal, princípio oriundo também da CRFB/88, possui a mesma capacidade de ensejar desdobramentos dentro da matéria processual. O devido processo legal é considerado um sobreprincípio constitucional (BULOS, 2020, p. 698), visto que dele se derivam diversos outros princípios estatuídos na Carta Magna. Este, de difícil conceituação, abarca a ideia de que a todos lhe será concedido o que devido, conforme delimita o próprio dispositivo do art. 5º, LIV da CFRB/88: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Ainda, vale ressaltar que, apesar de apenas mencionar em seu aspecto formal a liberdade e a propriedade, este engloba muitos outros pontos, como a inviolabilidade à vida, a legalidade e os bens, sejam estes corpóreos e incorpóreos.

Deste sobreprincípio, nos importa estudar um de seus princípios corolários: o princípio da efetividade, o qual aduz que os direitos devem ser efetivados e não apenas reconhecidos. Assim, “processo devido é processo efetivo” (DIDIER et al, 2017, p. 66), ou seja, um processo que se baseia no princípio constitucional ora mencionado, deve garantir que o mesmo produza efeitos não somente formais, mas, também, efeitos materiais, garantindo a execução da sentença proferida. Constatado também, de forma infraconstitucional, no art. 4º do CPC/2015, atribui o princípio da efetividade o direito à atividade satisfativa.

3.1. DA IMPENHORABILIDADE DAS VERBAS ALIMENTARES

Ao considerarmos haver um direito fundamental concernente à tutela executiva – proveniente do próprio princípio da efetividade – temos o cerne da discussão em questão, já que abre margem a discussões que visam ponderar tal direito em face de outros, como o caso da impenhorabilidade que confere proteção ao executado.

O instituto da impenhorabilidade, com raízes no princípio da dignidade humana:

“é uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva. É técnica processual que limita a atividade executiva e que se justifica como meio de proteção de alguns bens jurídicos relevantes, como a dignidade do executado, o direito ao patrimônio mínimo e a função social da empresa.” (DIDIER ET AL, 2017, p. 67)

Sendo assim, se caracteriza como um meio de proteção ao devedor, visto que este deve usufruir de bens necessários para seu estabelecimento definitivo na sociedade e que estão protegidos sob condição de essencialidade à dignidade humana.

Ocorre que, a impenhorabilidade, acomete duas classificações: absoluta e relativa. A primeira, diz respeito àqueles bens que, em qualquer situação, são insuscetíveis de sofrer constrição. A impenhorabilidade relativa, por sua vez, se caracteriza na insuscetibilidade relativa de sofrer constrição, relativa pois, impenhoráveis a priori, porém, caso preenchidos alguns requisitos, voltam à regra da penhorabilidade, a exemplo justamente da retribuição pecuniária atribuída ao trabalho humano, como os rendimentos e salários, que podem sofrer constrição, em juízo de exceção, quando falamos em crédito de natureza alimentar (art. 833, IV, §2º) ou quando esta excede o valor de cinquenta salários mínimos vigentes (ASSIS, 2016, p. 173).

Nesse sentido, ao apontarmos que o instituto da impenhorabilidade se mostra como um mecanismo que visa limitar o exercício de um direito fundamental – direito à execução eficaz -, deve-se aplicar técnicas de ponderação em determinados casos, analisando as circunstâncias de cada caso.

Assim temos que:

“O legislador estabelece *a priori* o rol dos bens impenhoráveis (art. 833, CPC), já fazendo, portanto, um prévio juízo de ponderação entre os interesses envolvidos ao optar pela mitigação do direito do exequente em favor da proteção do executado” (DIDIER ET AL, 2017, p. 67)

Vale ressaltar, portanto, que as hipóteses de impenhorabilidade elencadas no artigo 833 do Código de Processo Civil de 2015 podem não ser aplicadas a depender das circunstâncias do caso *in tela*, devendo, assim, o magistrado observar as normas fundamentais e proceder mediante um controle de constitucionalidade das leis.

Temos derivada do inciso IV do art. 833, a hipótese de impenhorabilidade dos rendimentos de natureza alimentar. Em virtude da necessidade de proteção ao executado, lhe é garantido o recebimento dos valores oriundos de sua força de trabalho ou rendimentos que são destinados às despesas de sobrevivência digna. É o que aduz o dispositivo do CPC/15:

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

Destarte, mediante a análise de tal dispositivo, vale ressaltar que se trata de regra de impenhorabilidade relativa, visto que o §2º cria uma exceção à regra da impenhorabilidade estipulada no inciso IV, instituindo a possibilidade de penhora em casos de execução de alimentos ou nas hipóteses em que as verbas de natureza alimentar excedam o valor de cinquenta salários-mínimos vigentes.

Conforme o entendimento doutrinário recente (DIDIER ET AL, 2017, p. 818), é possível, para além das exceções legais, mitigar ainda mais a regra da impenhorabilidade no que tange as verbas alimentares, quando esta, a depender do caso concreto, exceder consideravelmente o que se impõe para a proteção do executado, sendo possível, então, a penhora de porcentagem deste salário mesmo que não exceda os cinquenta salários- mínimos estabelecidos no §2º do art. 833 do CPC/15, desde que tal meio executório não atinja a esfera da dignidade humana do executado e a sua manutenção e subsistência, visto que sua aplicação em casos incabíveis, que venha a comprometer a proteção do mínimo digno ao executado, pode ser considerada uma “aplicação inconstitucional da regra, visto que prestigia apenas o direito fundamental do executado, em detrimento do direito fundamental do exequente” (DIDIER ET AL, 2017, p. 819).

Tal afirmação se constata mediante precedentes de tribunais como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Durante e vigência do CPC/1973, decidiu o STJ que a impenhorabilidade do salário ficaria limitada ao teto constitucional (STJ, 2ª S., REsp n. 1;230;060, rel. Mina. Isabel Galotti, j. em 13/08/2014, publicado no Dje de 29.08.2014).

Ainda, há decisão do STJ autorizando penhora de parcela de honorários advocatícios de “valor exorbitante” (REsp n. 1.264.358-SC, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 25.11.2014, publicando no Dje de 25.12.2014).

3.2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE CONSTANTE NO INCISO IV, ART. 833, DO CPC/15

Dessa forma, visando estabelecer tal constatação no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a fim de verificar se é aplicada – e com que frequência - a relativização da impenhorabilidade das verbas de natureza alimentar para além dos limites legais dos §§1º e 2º do art. 833, CPC/15, realizou-se pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do referido tribunal.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CRÉDITO EM PARTE ALIMENTAR. CONSTRIÇÃO DE PARCELA DE SALÁRIO. CAPACIDADE DE A VERBA SUPORTÁ-LA SEM PREJUÍZO DA DIGNIDADE DO DEVEDOR. RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DE SALÁRIOS. ALCANCE. CPC, ART. 833, IV. INTELIGÊNCIA. Agravo de instrumento interposto de decisão que, exarada em cumprimento de sentença de procedência em ação de responsabilidade civil, indeferiu requerimento de penhora de 30% do salário do devedor.

1. Sendo certo que descontos e retenções de prestações de amortização de dívidas não se confundem com penhora nem com o precedente bloqueio eletrônico de ativos financeiros ou da constrição que se lhe seguir, e sendo parcialmente alimentar o crédito exequendo, não menos correto é que à jurisdição cabe aferir equanimemente essas medidas, ou seja, tendo como norte a moderação e a igualdade material das partes, antes de decretá-la, assim conciliando a regra geral do art. 797, *caput*, do CPC com o princípio da execução menos gravosa.

2. Portanto, não demonstrada pelo devedor a impossibilidade de a verba salarial suportar a constrição com preservação da dignidade, tampouco apontado meio de pagamento ou amortização do débito depois de decorridos mais de três anos do trânsito em julgado da condenação, é cabível a relativização da regra de impenhorabilidade de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, estabelecida no art. 833, IV, do CPC, na esteira do art. 655-A do Código Buzaid.

3. Recurso ao qual se dá provimento. (TJRJ, AgrInst: 0023954-12.2019.8.19.0000 – RJ, p. 11).

Diante de agravo de instrumento interposto frente à Terceira Câmara Cível, votou o min. Relator no seguinte sentido: “À conta de tais fundamentos, voto no sentido de que a Câmara conheça do recurso e, ratificando a antecipação da pretensão recursal, lhe dê provimento para deferir a penhora mensal de 10% (dez por cento) sobre os rendimentos do executado até que satisfeita integralmente a obrigação.” Pode-se atestar, aqui, que houve reforma a sentença do juízo de 1º grau que indeferiu a constrição de 30% do salário do devedor, instituindo, via decisão de 2º grau, a constrição de 10% sobre os rendimentos do executado, relativizando a regra do art. 833, inciso IV.

Em decisão na contramão da anterior, pode-se atestar a reforma da sentença de 1º grau que deferiu penhora de porcentagem de rendimentos do executado, provendo recurso e indeferindo qualquer tipo de constrição salarial, é que demonstra o acórdão a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL (CORA CONDOMINIAL). DÍVIDA QUE HOJE ALCANÇA O VALOR DE R\$ R\$ 27.695,74 (VINTE E SETE MIL SEISCENTOS E NOVENTA E CINCO REAIS E SETENTA E QUATRO CENTAVOS). DECISÃO DEFERINDO A PENHORA ON LINE DE CONTA BANCÁRIA. INCONFORMISMO DA DEVEDORA. CONTA SALÁRIO, ONDE RECEBE PENSÃO ALIMENTÍCIA. POSSIBILIDADE DE PENHORA SOBRE OS PROVENTOS DE TAL NATUREZA, QUANDO SE TRATAR DE DÍVIDA ALIMENTAR OU VERBA SUPERIOR A 50 SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 833 DO CPC. ENTENDIMENTO DO STJ. RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE. OBJETIVO DE IMPEDIR A INADIMPLÊNCIA DO DEVEDOR. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO. EXECUTADA QUE RECEBE MENSALMENTE VALOR INFERIOR A 01 SALÁRIO MÍNIMO. VALOR NECESSÁRIO PARA A SUBSISTÊNCIA DE QUALQUER PESSOA. QUALQUER PERCENTUAL QUE VENHA INCIDIR SOBRE OS PROVENTOS AFETARÁ SOBREMANEIRA A SUA DIGNIDADE. REFORMA DA DECISÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO. (TJRJ, AgrInst: 0045672-31.2020.8.19.0000 – RJ, p. 56)

Ainda, observou-se a possibilidade de haver a redução do valor constricto mediante decisão de 1º grau, pelo juízo de 2º, através de interposição de Agravo de Instrumento, é o que aduz:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO AGRAVADA QUE DEFERE PENHORA DE 30% (TRINTA POR CENTO) DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA DA AGRAVANTE. CRÉDITO NÃO ALIMENTAR. CONSTRIÇÃO DE PARCELA DE SALÁRIO. CAPACIDADE DE A AGRAVANTE SUPORTÁ-LA SEM PREJUÍZO DE SUA DIGNIDADE. RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DE SALÁRIOS. CPC, ART. 833, IV. DEMONSTRADA PELO CREDOR A INEXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE SALDAR A DÍVIDA E A POSSIBILIDADE DE A VERBA SALARIAL SUPORTAR A CONSTRIÇÃO COM PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DO DEVEDOR, É CABÍVEL A RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE DE VENCIMENTOS, SUBSÍDIOS, SOLDOS, SALÁRIOS, REMUNERAÇÕES, PROVENTOS DE APOSENTADORIA, PENSÕES, PECÚLIOS E MONTEPIOS. PORTANTO, MINISTRADO O MÍNIMO DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS CAPAZES DE DECRETO A MEDIDA COM EQUIDADE, NADA DESABONA A ORDEM DE CONSTRIÇÃO, CONSIDERANDO-SE QUE A DÍVIDA PERDURA DESDE O ANO DE 2007, SEM QUE QUALQUER MEDIDA TENHA SIDO ADOTADA PELA DEVEDORA NO SENTIDO DE SALDÁ-LA OU, AO MENOS AMORTIZÁ-LA. CONTUDO, ENTENDO QUE, NO CASO EM COMENTO, CABE REDUÇÃO DO PERCENTUAL COMINADO PARA GARANTIA DO MÍNIMO SUFICIENTE PARA MANTER A DIGNIDADE DA DEVEDORA E SEUS FAMILIARES. RECURSO AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO PARA REDUZIR O PERCENTUAL DE CONSTRIÇÃO PARA 15% (QUINZE POR CENTO) DOS VENCIMENTOS DA AGRAVANTE. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. (TJRJ, AgrInst: 0021283-79.2020.8.19.0000 – RJ, p.48)

Observando os levantamentos realizados a partir das decisões judiciais analisadas, no lapso temporal dos anos de 2020 a 2021, consumou-se a constatação de que o entendimento pela relativização da impenhorabilidade das verbas alimentares, para além dos limites legais e das ressalvas estipuladas em lei, é possível e inclusive é aplicado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), analisado em questão. Nesse sentido, mediante a utilização de termos referentes às verbas alimentares

e sua impenhorabilidade, perceberam-se 27 resultados preliminares a serem dissecados nesta análise parcial.

Dentre as decisões analisadas, pode-se perceber que foi realizada a relativização do instituto da impenhorabilidade de verbas alimentares em 37.8% dos casos. Ainda, se observou que grande parte dos 62% dos casos em que não houve relativização, este entendimento só veio a se formar mediante o apreço da 2ª instância do Tribunal, havendo, portanto, maior número de relativização por parte da 1ª instância. Concomitantemente, percebeu-se que o critério percentual de penhora das verbas alimentares adotado pelo tribunal não se deu de forma uníssona. Quanto mais insolvente e constituído em mora o devedor estivesse, sem que apresentasse qualquer intenção em pagar a dívida, maior a porcentagem da penhora, podendo chegar até 30%.

Registre-se, contudo, que não foram consideradas as hipóteses legais de relativização constantes dos §§1º e 2º do art. 833 do CPC/2015. Assim, analisou-se apenas os casos nos quais ocorreram relativizações da proteção do inciso IV do art. 833 do CPC/2015, autorizando-se a realização da penhora nas verbas de natureza alimentar parcial ou totalmente encontradas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste diapasão conclui-se, pela não-pacificação acerca da possibilidade de relativização da impenhorabilidade das verbas alimentares no âmbito do TJRJ conforme a metodologia indicada anteriormente. De certo, as decisões, quando tendentes para a relativização cumpriram de se pautar mediante análise do caso em questão. Nas hipóteses em que o devedor não demonstrou impossibilidade de a verba salarial suportar a constrição com preservação da dignidade, assim como não apresentou meio de pagamento do débito, firmou-se entendimento pela penhorabilidade de porcentagem dos rendimentos salariais. Ainda, pôde-se observar, que a porcentagem de penhora sobre as verbas alimentares, principalmente no tocante aos vencimentos, não obedeceu a critério específico, variando de 5 a 30% conforme o caso.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8. ed. São Paulo: RT, 2002.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 18ª ed. São Paulo: RT, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ – Recurso Especial nº 1.264.358 – SC (2011/0157502-1). *Tributário. Processual Civil. Art. 535 Do CPC. Alegações Genéricas. Incidência Da Súmula 284/STF. Art. 186 Do CTN. Ausência De Prequestionamento. Incidência Da Súmula 211/STJ. Execução Fiscal. Honorários Advocatícios. Natureza Alimentar. Impenhorabilidade. Art. 649, Inciso IV, Do CPC. Relativização. Verba Arbitrada Em Elevada Mont. Possibilidade De Penhora De Parcela Do Valor Total. Direito Do Credor.* Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrente: Perdigão Agroindustrial S/A. Recorrido: OS MESMOS. Relator: Ministro Humberto Martins. 05 de dezembro de 2014. Acesso em: 31 de janeiro de 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/06/REsp-1264358SC.pdf>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ – Recurso Especial nº 1.230.060/PR (2011/0002112-6). *Recurso Especial. Processual Civil. Impenhorabilidade. Artigo 649, IV e X, Do CPC. Fundo De Investimento. Poupança. Limitação. Quarenta Salários Mínimos. Parcial Provedimento.* Recorrente: Janir Floriano Aparecido. Recorrido: Gerson Ari do Amaral Ferreira. Relatora: Ministra Maria Isabel Galotti. 29 de agosto de 2014. Acesso em: 31 de janeiro de 2022. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25254438/recurso-especial-resp-1230060-pr-2011-0002112-6-stj/inteiro-teor-25254439>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Resp Nº 1.582.475 – MG (2016/0041683-1). Processual civil. Embargos de divergência em recurso especial. Execução de título extrajudicial. Impenhorabilidade de vencimentos. CPC/73, ART. 649, IV. Dívida não alimentar. CPC/73, ART. 649, parágrafo 2º. Exceção implícita à regra de impenhorabilidade. Penhorabilidade de percentual dos vencimentos. Boa-fé. Mínimo existencial. Dignidade do devedor e de sua família.* Embargante: Humberto Pereira de Abreu Júnior. Embargado: Euler Nogueira Mendes. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. 19 de março de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600416831&dt_publicacao=19/03/2019. Acesso em: 28 jun. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Nº 1.815.055 – SP (2019/0141237-8). Recurso Especial. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Ação de indenização. Cumprimento de Sentença. Honorários Advocatícios de sucumbência. Natureza alimentar. Exceção do §2º do Art. 833. Penhora da remuneração do devedor. Impossibilidade. Diferença entre prestação alimentícia e verba de natureza alimentar. Julgamento: CPC/15.* Recorrente: Gordilho e Napolitano Advogados Associados. Recorrido: Edivaldo Pinto Fonseca. Relatora: Ministra Nancy

Andrighi. 26 de agosto de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1815055_d2491.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1624833655&Signature=0KRvq%2B-fr%2BwbyHqpuBqanR%2BGYh%2Bg%3D. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n° 0023954-12.2019.9.19.0000 – RJ. *Direito Processual Civil. Execução. Crédito em parte alimentar. Construção de parcela de salário. Capacidade de a verba suportá-la sem prejuízo da dignidade do devedor. Relativização da impenhorabilidade de salários. Alcance. CPC, art. 833, IV. Inteligência.* Agravante: Thayane Marco de Menezes. Agravada: José Roberto Velozo Cruz. Agravado: Luzia Helena Santos Cruz. Relator: Des. Fernando Foch. 24 de abril de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n° 0045672-31.2020.8.19.0000 – RJ. *Agravo De Instrumento. Ação De Execução De Título Extrajudicial (Cora Condominial). Dívida Que Hoje Alcança O Valor De R\$ R\$ 27.695,74 (Vinte E Sete Mil Seiscentos E Noventa E Cinco Reais E Setenta E Quatro Centavos). Decisão Deferindo A Penhora On Line De Conta Bancária. Inconformismo Da Devedora. Conta Salário, Onde Recebe Pensão Alimentícia. Possibilidade De Penhora Sobre Os Proventos De Tal Natureza, Quando Se Tratar De Dívida Alimentar Ou Verba Superior A 50 Salários Mínimos. Art. 833 Do CPC. Entendimento Do STJ. Relativização Da Impenhorabilidade. Objetivo De Impedir A Inadimplência Do Devedor. Necessidade De Análise Do Caso Concreto. Executada Que Recebe Mensalmente Valor Inferior A 01 Salário Mínimo. Valor Necessário Para A Subsistência De Qualquer Pessoa. Qualquer Percentual Que Venha Incidir Sobre Os Proventos Afetará Sobremaneira A Sua Dignidade. Reforma Da Decisão Que Se Impõe. Recurso Provido.* Agravante: Claudia Regina Mattos Moreira. Agravado: Complexo de Condomínios Rota do Sol Verde Mar e Lagoa Azul. Relator: Jds. Des. Fernanda Fernandes Coelho Arrábida Paes. 10 de setembro de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n° 0021283-79.2020.8.19.0000 – RJ. *Processual Civil. Agravo De Instrumento. Execução De Título Extrajudicial. Decisão Agravada Que Defere Penhora De 30% (Trinta Por Cento) Dos Proventos De Aposentadoria Da Agravante. Crédito Não Alimentar. Construção De Parcela De Salário. Capacidade De A Agravante Suportá-La Sem Prejuízo De Sua Dignidade. Relativização Da Impenhorabilidade De Salários. CPC, Art. 833, IV. Demonstrada Pelo Credor A Inexistência De Outros Meios De Saldar A Dívida E A Possibilidade De A Verba Salarial Suportar A Construção Com Preservação Da Dignidade Do Devedor, É Cabível A Relativização Da*

Regra De Impenhorabilidade De Vencimentos, Subsídios, Soldos, Salários, Remunerações, Proventos De Aposentadoria, Pensões, Pecúlios E Montepios. Portanto, Ministrado O Mínimo De Elementos Probatórios Capazes De Decretar A Medida Com Equidade, Nada Desabona A Ordem De Construção, Considerando-Se Que A Dívida Perdura Desde O Ano De 2007, Sem Que Qualquer Medida Tenha Sido Adotada Pela Devedora No Sentido De Saldá-La Ou, Ao Menos Amortizá-La. Contudo, Entendo Que, No Caso Em Comento, Cabe Redução Do Percentual Cominado Para Garantia Do Mínimo Suficiente Para Manter A Dignidade Da Devedora E Seus Familiares. Recurso Ao Qual Se Dá Parcial Provimento Para Reduzir O Percentual De Construção Para 15% (Quinze Por Cento) Dos Vencimentos Da Agravante. Parcial Provimento Do Recurso. Agravante: Maria Ivani de Sá Bragança. Agravado: Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados NPL1. Relator: Des. Marília De Castro Neves Vieira. 30 de julho de 2020.

BULOS, Uadi Lâmmego. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JÚNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. 7 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10 ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2018.

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO OU DECISIONISMO SOLIPSISTA? UMA ANÁLISE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, CRFB

GÓES, Guilherme Sandoval¹
SARAIVA LEÃO, João Pedro²

- 1 Pós-Doutor em Geopolítica, Cultura e Direito pela UNIFA, Doutor e Mestre em Direito pela UERJ, Professor Emérito da ECEME, Vice-Coordenador do PPGSID da ESG e Professor do PPGCA da UNIFA, Professor e Membro do Fórum de Direitos Humanos da EMERJ, Professor de Direito Constitucional da UCAM, Diplomado pelo Naval War College dos Estados Unidos da América. E-mail: guilherme.sandoval@terra.com.br
- 2 Graduando em Direito pela UCAM – Centro, oitavo período, graduando em Filosofia pela UERJ, primeiro período, integrante do grupo de pesquisas Observatório dos Direitos dos Originários (ODO), monitor em Direito Penal na UCAM - Centro. E-mail: joapedrosaraivaleao@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo examinar a nova visão do Supremo Tribunal Federal (STF), que a partir do julgamento das ADIs 3.406 e 3.470, em 29.11.2017, reconheceu a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88. Tal visão traz a lume a abstrativização do controle difuso, na medida em que atribui efeitos *erga omnes* e vinculantes para a decisão final de mérito do STF em sede de controle difuso. Com efeito, essa nova perspectiva do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade incorpora a tese do *stare decisis* do *Judicial Review* norte-americano ao controle difuso brasileiro, igualando seus efeitos àqueles próprios do controle abstrato, daí a ideia de abstrativização do controle difuso. Urge, portanto, investigar se a mutação constitucional em tela simboliza ou não uma invasão do espaço discricionário do legislador, caracterizando desarte o decisionismo solipsista, aqui vislumbrado como a criação jurisprudencial do direito desproporcional que viola a democracia.

Palavras-chave: Mutação constitucional; abstrativização do controle difuso; ativismo judicial.

1. INTRODUÇÃO

Duradoura polêmica assombra o art. 52, X, da CF/88, desde sua introdução na Carta de 1934: como deve ser interpretado e como funciona a atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade nos moldes de sua competência privativa?

O conteúdo do art. 52, X, CRFB, não possui grandes diferenças se comparado com o das outras Constituições brasileiras, textualmente falando. Com sua introdução na Constituição de 1934, o atual art. 52, X, CRFB, é quase que um residente permanente no ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Vejamos: “Art. 91. Compete ao Senado Federal: IV, suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.

Na verdade, o texto se manteve muito similar em toda a sua estadia no ordenamento jurídico brasileiro, não só em relação à Carta de 1988, mas em relação também às Constituições de 1946, em seu art. 64, de 1967, em seu art. 45, IV, de 1969 em seu art. 42, VII. Talvez a maior diferença em termos de conteúdo, seja a opção do legislador constitucional em operar a mudança de “Poder Judiciário”, contida na redação original de 1934, por “Supremo Tribunal Federal”, que apareceu pela primeira vez na redação da Carta de 1946.

No mais, é possível ver a mesma essência, isto é, que o Senado Federal atuará para suspender a execução de qualquer ato normativo que seja declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão definitiva, embora a posição de alguma palavra possa ter mudado, ou a posição de frases etc.

Já estamos há quase 100 anos da introdução do referido artigo no sistema constitucional brasileiro e, até agora, não há sinal de que o debate esteja prestes a acabar; talvez ele venha a se acalorar, dado o futuro próximo do Supremo Tribunal Federal, com indicações de novos ministros já no horizonte.

De toda forma, no momento há uma linha interpretativa adotada pelo Supremo, em julgamento recente e vitoriosa no momento, a qual enfraquece o papel do Senado Federal como ator no controle de constitucionalidade, fazendo dele mero comunicador da decisão do Supremo, um divulgador por excelência.

Em que pesem as grandes divergências doutrinárias acerca do tema, havia uma linha sempre predominante, a de que o Senado era, sim, uma peça fundamental no controle difuso de constitucionalidade, sem o qual a decisão do Supremo não teria eficácia *erga omnes*. Isto não significa, contudo, que os doutrinadores concordassem em todos os aspectos sobre a melhor aplicação do atual art. 52, X, CRFB/88. Sempre existiram divergências pontuais em um tema ou noutro.

O presente trabalho acadêmico se propõe justamente a analisar essa nova visão do Supremo Tribunal Federal e as eventuais implicações que ela possa ter, não só no controle de constitucionalidade nacional, mas também na balança entre os Três Poderes da República. Para isto, contudo, será necessário fazer uma análise de como funcionou o artigo 52, X, CRFB, ao longo de sua história. Sendo assim, comecemos com uma breve introdução sobre o que é o controle difuso.

2. A VISÃO CLÁSSICA DO CONTROLE DIFUSO NO BRASIL

O controle difuso de constitucionalidade é aquele no qual a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não é o objeto da lide, mas questão prejudicial, passível de ser alegada por qualquer parte no processo, seja o Ministério Público, como *custos legis* ou não, terceiros que intervenham no processo ou até mesmo de ofício pelo tribunal (BARROSO, 2004, p. 72). Tal questão prejudicial deverá ser resolvida pelo juiz, seja pelo reconhecimento ou não da inconstitucionalidade do ato normativo, para solucionar a lide que lhe foi trazida. Daí chamar-se “prejudicial”, pois ela é, segundo afirma o Ministro Barroso, “pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal” do processo, aquilo que se postula em juízo. Isto também explica haver diversos nomes para o controle difuso, tal qual a alcunha de controle “indireto”, pois o controle se dá a partir da solução da questão prejudicial, não sendo o pedido de qualquer parte que seja declarada a inconstitucionalidade, o que só poderia ocorrer pelos legitimados para proporem ADIN, tais quais o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal etc., todos previstos no art. 103, CRFB.

Ao falar das modalidades de exercício do controle de constitucionalidade, Guilherme Peña de Moraes (2019, p. 665, grifo do autor) diferencia muito bem o controle difuso do concentrado:

Sobre o **modo de exercício**, ocorre a divisão entre *controle incidental*, instaurado pela via de exceção, no qual a questão constitucional

é suscitada como causa de pedir, devendo a inconstitucionalidade ser declarada na fundamentação da decisão, não fazendo, por conseguinte, coisa julgada material, cuja finalidade é subtrair certo caso concreto da incidência da norma reputada de inválida, e *controle principal*, instituído pela via de ação direta, no qual a questão constitucional é sustentada como pedido, devendo a inconstitucionalidade ser declarada no dispositivo da decisão, fazendo, por consequência, coisa julgada material, cuja finalidade é aferir, em tese, a constitucionalidade da norma cuja validade é controvertida.

Outra diferença entre as duas formas de controle é que o controle concentrado é exclusivo a algumas pessoas ou grupos, como os legitimados supramencionados. No difuso, qualquer pessoa pode, quando ajuíza uma ação, ou quando contesta uma ação, ou quando intervém em uma ação como terceiro interessado etc., alegar inconstitucionalidade de lei. Não poderá incluir dentre seus pedidos que ela seja declarada inconstitucional, mas poderá usar isso como argumento, levando o juiz a inevitavelmente dizer se assiste razão à parte ou não, nos casos em que a alegação seja necessária para a resposta jurisdicional. Complementa José Afonso da Silva (2012, p. 52, grifo do autor), quando diz que “de acordo com o controle por exceção, *qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo*”.

Ressalte-se que a declaração de inconstitucionalidade, no controle difuso, não virá na parte dispositiva da sentença. Afinal, o pedido não é a declaração, mas a sua causa de pedir. Portanto, a declaração virá dentro da fundamentação da sentença, pois, em vindo na parte dispositiva, como afirmamos em outra oportunidade, “qualquer sentença que, em sede de controle difuso incidental, declarar a inconstitucionalidade da lei, estará em desacordo com o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade” (GÓES; MELLO, 2016, p. 166). Inda mais, os efeitos da decisão afetarão somente as partes do processo, inclusive nos casos em que a decisão final de mérito seja do Supremo Tribunal Federal. Afirmamos que “os efeitos da decisão do STF – no recurso extraordinário – guarda apenas a ideia de eficácia subjetiva (*inter partes*) e, não, de eficácia objetiva (vinculantes contra todos)” (GÓES; MELLO, 2016, p. 193, grifos nossos). Afinal,

A eficácia subjetiva projeta a imagem de que os efeitos da decisão final de mérito do STF acerca da inconstitucionalidade da lei impugnada ficam limitados às partes envolvidas do processo,

sem afetar terceiros não demandantes. Isso se dá porque, como visto alhures, a arguição de inconstitucionalidade, no controle difuso, não faz parte do pedido. Portanto, o Estado-juiz não pode se estender para além do pedido, o que significa dizer, também, no mesmo diapasão, que nem os fundamentos da decisão nem a questão prejudicial podem habitar a parte dispositiva da sentença, que fica atrelada ao pedido do autor. Ou seja, a eficácia subjetiva faz coisa julgada, pois os fundamentos jurídicos acerca da inconstitucionalidade habitam apenas a fundamentação da sentença e, não, a parte dispositiva.

[...] Diferente é a ideia de eficácia objetiva da coisa julgada (controle abstrato) que se projeta contra tudo e contra todos (efeitos erga omnes/vinculantes), na medida em que o pronunciamento judicial – na parte dispositiva da sentença – enfrenta diretamente a questão da inconstitucionalidade do ato impugnado. Em consequência, é correto afirmar que o Estado-juiz julgou o que foi pedido exatamente: a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do poder público no âmbito do controle concentrado. (GÓES; MELLO, 2016, p. 193-194).

Uma vez transitado em julgado a decisão final do Supremo Tribunal Federal, há um outro passo. Como explica o Ministro Barroso (2004, p. 85), “far-se-á a comunicação à autoridade ou órgão interessado e, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os fins do art. 52, X”. Desta feita, passemos a este artigo.

3. A ANTIGA APLICAÇÃO DO ART. 52, X, CRFB

Agora, como, efetivamente, funcionava o art. 52, X? Uma vez declarada a inconstitucionalidade de ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, o Senado Federal era notificado da referida decisão para suspender, via resolução, a eficácia da norma, de modo a tornar a decisão do Supremo, antes com efeitos unicamente *inter partes*, com eficácia *erga omnes*. Assim explica Pedro Lenza (2020, p. 306), ao dizer:

Desde que o Senado Federal suspenda a execução, no todo ou em parte, da lei levada a controle de constitucionalidade de maneira incidental e não principal, a referida suspensão atingirá a todos, porém valerá a partir do momento que a resolução do Senado for publicada na Imprensa Oficial.

Os efeitos são *erga omnes* e *ex nunc*. A eficácia *erga omnes* da resolução do Senado Federal tem como efeito a desnecessidade de que um dos legitimados a ajuizar ADIN ajuizassem uma, por exemplo. Consequentemente, agiliza-se a reparação de um ato normativo inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

Vê-se, portanto, a importância atribuída ao Senado Federal. Barroso (2004, p. 90) aprofunda a explicação da gênese do instituto, dizendo que foi criado justamente com o objetivo de atribuir caráter vinculante a tais decisões do Supremo Tribunal Federal, pois no direito estadunidense, grande inspirador do sistema de controle difuso de constitucionalidade brasileiro, “as decisões dos tribunais são vinculantes para os demais órgãos judiciais sujeitos à sua competência revisional. Isso é válido inclusive, e especialmente, para os julgados da Suprema Corte”, o que não ocorreria no caso brasileiro, “onde a tradição romano-germânica vigente não atribui eficácia vinculante às decisões judiciais, nem mesmo às do Supremo Tribunal”.

Sobre o sistema americano de controle de constitucionalidade, a explicação de Paulo Bonavides (2006, p. 311) é exemplar, falando que tal sistema:

[...] consagra a via de exceção, de modo que todo tribunal federal ou estadual, não importa a sua natureza ou grau hierárquico, poderá exercitar esse controle, sentenciando numa demanda a inconstitucionalidade da lei.

As vias recursais se exaurem no aresto final da Suprema Corte. Exerce ela função unificadora da jurisprudência, pondo termo assim às vacilações interpretativas do mesmo passo que remove o estado de incerteza e apreensão acerca da validade da lei [...]

A deliberação judicial sobre a lei controvertida quando parte da Suprema Corte afasta pois as dúvidas reinantes, enfraquecendo, em consequência, o argumento oposto à via de exceção por aqueles que aspiram romanticamente a uma segurança do ordenamento e suas leis em termos absolutos.

A redação do art. 52, X, contida na Constituição de 1988 se refere unicamente a “lei”, quando trata de suspender a execução, mas quis dizer na verdade qualquer ato normativo, seja ele Federal, Estadual ou Municipal, entendimento adotado, dentre outros doutrinadores, pelo Ministro Luís Roberto Barroso (2004, p. 74):

O controle incidental de constitucionalidade pode ser exercido em relação a normas emanadas dos três níveis de poder, de qualquer hierarquia, inclusive as anteriores à Constituição. O órgão judicial, seja federal ou estadual, poderá deixar de aplicar, se considerar incompatíveis com a Constituição, lei federal, estadual ou municipal, bem como quaisquer atos normativos, ainda que secundários, como o regulamento, a resolução ou a portaria. Não importa se o tribunal estadual não possa declarar a inconstitucionalidade de lei federal em via principal e abstrata ou se o Supremo Tribunal Federal não possa, em ação direta, invalidar lei municipal. Se um ou outro estiver desempenhando o controle incidental e concreto, não há limitações dessa natureza.

Tal fato é corroborado pela redação original da Constituição de 1934, que fez questão de ressaltar “qualquer lei ou acto”.

Também houve debate acerca da obrigação do Senado Federal em suspender a execução da norma declarada inconstitucional pelo Supremo, bem como os limites nos quais o Senado teria para suspendê-la. Saiu vitorioso o lado que entendia não haver obrigação, já que o Senado é um órgão político, não sendo razoável que lhe fosse imposta a obrigação de suspender uma lei. Assim, poderá fazê-lo quando julgar conveniente, ou, quem sabe, não suspender, optando por criar uma lei. Diz Nagib Slai-bi Filho (1992, p. 91):

Como órgão político, agindo discricionariamente (pois a Constituição não lhe exige nenhuma fundamentação ou suporte, a não ser a anterior declaração de inconstitucionalidade pela mais Alta Corte), poderá a Câmara Alta, recebendo a comunicação do Supremo Tribunal Federal, baixar, ou não, a resolução referida no susomencionado art. 52, X.

O Ministro Barroso (2004, p. 90) adota esse pensamento, ao afirmar que a “atuação do Senado não tem caráter vinculado, mas discricionário, sujeitando-se ao juízo de conveniência e oportunidade da casa legislativa. Trata-se de ato político, não sujeito a prazo, podendo [...] simplesmente não suspendê-lo”. Em igual sentido, Pedro Lenza (2020, p. 307, grifos do autor) afirma que

o Senado Federal **não** está obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo

Tribunal Federal. Trata-se de discricionariedade política, tendo o Senado Federal total liberdade para cumprir o art. 52, X, da CF/88. Caso contrário, estaríamos diante de afronta ao princípio da separação de Poderes.

Nesse aspecto ainda, é interessante notar os comentários do ex-Ministro Celso de Mello (1984, p. 139, grifos do autor) ao artigo 42 da Carta de 1969, pois, ao abordar o assunto de haver obrigação ou não de suspender, ele meramente elenca uma lista de doutrinadores favoráveis e contrários à faculdade de suspensão, sem, contudo, posicionar-se. Além disso, ele também adota a posição de que o artigo não se refere somente a lei, mas qualquer ato normativo, seja ele federal, estadual ou municipal:

A Carta Federal diz competir ao Senado suspender a execução de *lei* ou *decreto* declarados inconstitucionais pelo STF. Essa Corte *ampliou* o sentido da locução constitucional *lei ou decreto* para nela também incluir quaisquer outros atos normativos.

Também havia a questão da locução “no todo ou em parte”, presente no instituto desde sua origem em 1934 e sempre inalterada textualmente, pois alguns doutrinadores questionavam se o Senado poderia suspender a lei de acordo com sua própria vontade, ou se a locução se referia ao fato de a inconstitucionalidade declarada ser no todo da lei ou em parte dela, seguindo a decisão do Supremo. A posição vencedora foi a de que o Senado estava limitado a atuar segundo a própria decisão do Supremo, isto é, ou ele suspende segundo a decisão ou não suspende. Se a decisão declarou a lei inteiramente inconstitucional, a resolução não poderá declarar a lei como parcialmente inconstitucional. Diz-nos Pedro Lenza (2020, 305): “A expressão ‘no todo ou em parte’ deve ser interpretada como sendo impossível o Senado Federal ampliar, interpretar ou restringir a extensão da decisão do STF”. Tal posição também é adotada pelo Ministro Gilmar Mendes (2008, p. 1081). Pelo sentido contrário, é interessante a análise de Michel Temer (2003, p. 48):

Terá o Senado autorização constitucional para negar a retirada da eficácia do ato normativo após a declaração efetivada pelo Supremo Tribunal Federal? Terá ele a possibilidade de retirar parcialmente a eficácia de uma lei se o STF a declarou, no seu todo, inconstitucional? A nosso perceber, pode. O Senado não está obrigado a suspender a execução da lei na mesma extensão da declaração efetivada pelo

STF. A expressão “no todo ou em parte, que se encontra no art. 52, X, não significa que o Senado suspenderá parcial ou totalmente a execução da lei ou decreto de acordo com a declaração de inconstitucionalidade, parcial ou total, efetivada pelo STF.

Contudo, essa linha interpretativa mudou. Em julgamento recente pelo Supremo Tribunal Federal, das ADIs 3406 e 3470, ocorreu uma mutação constitucional, vindo a prevalecer a posição durante muito tempo defendida pelo Ministro Gilmar Mendes (2008, p. 1084-1091): o papel do Senado Federal é o de publicizar a decisão do Supremo, não de lhe conferir efeitos *erga omnes*, pois a decisão, por si só, já os possui. Afirma o Ministro Gilmar Mendes (2008, p. 1090, grifos do autor):

Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*.

Podemos, enfim, partir para uma análise mais detalhada voltado ao cenário atual do art. 52, X, CRFB/88.

4. O CONTROLE DIFUSO EM NOVA PERSPECTIVA HERMENÊUTICA

Em essência, a ideia de Constituição democrática apresenta-se como uma “forma de limitação do Poder do Estado”, seja pela separação de poderes, seja pela garantia de direitos do indivíduo perante o ente estatal, daí a visão de supremacia da Constituição sobre todos os poderes constituídos do Estado.

É nesse diapasão que o conceito de constitucionalismo democrático projeta a imagem de normas supremas que organizam e limitam o poder de um determinado Estado, em diferentes épocas da sua História, ou seja, representa uma determinada ordem (família) constitucional com sua ideologia própria e que passa a reger a vida do Estado e suas relações com seus jurisdicionados, nos campos político, econômico, jurídico e social. No dizer de Luis Roberto Barroso:

o termo constitucionalismo é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental. Data de pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano. Nada obstante, as ideias centrais abrigadas em seu conteúdo remontam à Antiguidade Clássica, mais notadamente ao ambiente da Polis Grega, por volta do século V a.C. (BARROSO, 2020, p. 4-5)

Em consequência, é lícito afirmar que uma Constituição promulgada, verdadeiramente democrática, deve refletir o tipo de Estado que os cidadãos desejam em determinado contexto histórico, daí a legitimidade democrática do poder constituinte originário para criá-la e do poder constituinte derivado para alterá-la.

Mudar a Constituição de um Estado significa alterar a sua estrutura básica, a sua essência, o que recomenda evidentemente que tais alterações constitucionais somente sejam feitas pelo legislador democrático e, não, pelo ativismo normativo de juízes e tribunais, inquinados de déficit democrático a partir do conceito de dificuldade contramajoritária tal qual vislumbrado por Alexander Bickel (1986). Tal conceito ganha visibilidade quando o Poder Judiciário assume postura ativa, formulando políticas públicas no lugar do legislador e/ou administrador, carecendo, portanto, de legitimidade democrática para tal.

Em regra, não cabe a juízes e tribunais o papel de saírem por aí legislando positivamente, como se legisladores democráticos fossem. Ao revés, são revestidos da dificuldade contramajoritária bickeliana, que os impede de formular políticas públicas. Com certeza, a discussão e a definição de políticas públicas é tarefa constitucional do Estado-legislador (GÓES, 2018, p. 164).

Por outro lado, a “viragem neoconstitucionalista do direito” implicou mudanças paradigmáticas na teoria da eficácia dos direitos fundamentais, na medida em que engendrou um novo arquétipo exegético voltado para a força normativa da Constituição, cuja base fundante é o reconhecimento dos princípios como normas jurídicas. Com efeito, O surgimento do neoconstitucionalismo trouxe no seu bojo um novo modelo de interpretação constitucional, cujo eixo epistemológico aponta para o protagonismo do Poder Judiciário, transformando-o em legislador positivo, nas hipóteses de omissão inconstitucional do Poder Competente. (GÓES, 2021, p. 94).

É nesse sentido que desponta o ativismo judicial, daí a pretensão do presente artigo de analisar o fenômeno da mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, para saber se ocorreu uma legítima criação jurisprudencial do direito ou se foi mero decisionismo solipsista, violador da separação de poderes.

Observe, com atenção, que um dos grandes desafios do novo constitucionalismo é exatamente traçar os limites exegéticos do protagonismo judicial no âmbito do Estado Democrático de Direito, superando assim a síndrome da ineficácia da Constituição, porém, sem descuidar da separação de poderes. De fato, um dos aspectos centrais do direito constitucional contemporâneo refere-se à questão da proteção que o Estado deve oferecer aos direitos fundamentais, e, em especial, aos hipossuficientes, garantindo-lhes vida digna e igualdade de oportunidades. Com isso, a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana passa a ser o novo eixo axiológico-hermenêutico do Estado Democrático de Direito.³

É nesse diapasão que o neoconstitucionalismo potencializa a proteção jurídica dos direitos fundamentais nos dias de hoje, notadamente a partir do paradigma exegético que posiciona os princípios constitucionais como normas jurídicas capazes de gerarem seus efeitos sem necessidade de intervenção legiferante superveniente. Nesse sentido, a visão de grande parte da doutrina pátria:

Ademais, a maior consciência de direitos presente em nossa sociedade, o elevado grau de pluralismo político e social nela existente, o fortalecimento da independência do Poder Judiciário e a mudança na nossa cultura jurídica hegemônica - que passou a ver os princípios constitucionais como normas jurídicas vinculantes, e a estimular o uso de instrumentos metodológicos mais flexíveis, como a ponderação -, são fatores que contribuiram, cada um ao seu modo, para que a jurisdição constitucional ganhasse um destaque na vida pública nacional até então inédito. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 122).

3 Definindo o conceito de neoconstitucionalismo, Luís Roberto Barroso mostra: “A dogmática jurídica brasileira sofreu, nos últimos anos, o impacto de um conjunto novo e denso de ideias, identificadas sob o rotulo genérico de pós-positivismo ou principialismo. Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nele se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob a ideia de dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética”. (BARROSO, 2005).

A nosso siso, defendemos a tese de que o ativismo judicial, pautado na reconstrução neoconstitucionalista do direito, deve ser usado com parcimônia na garantia do núcleo essencial das normas constitucionais e, em especial, dos direitos fundamentais. Assim, é perfeitamente proporcional o ativismo feito por um magistrado que busca garantir o conteúdo jurídico mínimo de um determinado direito fundamental, sem deixar ao mesmo tempo de fazer a ponderação de valores no eventual conflito entre normas de mesma dignidade constitucional.

Isto significa dizer que a crítica deve ser feita em relação ao mero decisionismo do juiz solipsista, que decide de acordo com a sua pré-compreensão, sem levar em consideração a colisão de normas constitucionais aplicáveis a um mesmo caso concreto.

Em consequência, repita-se, por fundamental, um dos grandes desafios do neoconstitucionalismo pós-positivista repousa exatamente nessa necessidade de traçar os limites exegéticos do ativismo judicial, de forma que se harmonize, de um lado, a garantia dos direitos mínimos constitucionalmente adequados e, do outro, o princípio da separação dos poderes e, na sua esteira, o Estado Democrático de Direito. Sem nenhuma dúvida, os problemas constitucionais do tempo presente demandam o uso de um ativismo judicial proporcional, mormente quando se tem em conta a omissão inconstitucional do legislador democrático no seu dever de concretizar as normas de eficácia limitada. Entretanto, isso não justifica a extrapolação do limite dos limites imposto pelo núcleo intangível dos direitos fundamentais (GÓES, 2018, p. 159 e 160).

Com tal tipo de intelecção em mente, defende-se aqui a tese de que a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, simboliza um **ativismo judicial desproporcional**, que extrapolou o limite dos limites do núcleo intangível do princípio da separação de poderes.

Portanto, significa dizer que se caracteriza aqui um **mero decisionismo solipsista** do Poder Judiciário, o que nos permite falar em implementação de um gravoso “Estado Judicial de Direito”, no qual desponta a predominância cêntrica do Judiciário em relação ao Executivo e ao Legislativo.

Observe, com atenção, que o fenômeno da mutação constitucional pressupõe o surgimento de uma nova interpretação da norma constitucional sem nenhuma alteração do seu texto, feita de acordo com a consciência axiológico-epistêmica da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, tal qual vislumbrada por Peter Häberle (1997).

Ou seja, a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, pode ser apontada como um exemplo típico da não observância da democrática autocontenção do Judiciário, que deve reconhecer a existência de um **espectro normativo metajurisdicional**, no qual não se admite a criação jurisprudencial do direito, predominando assim a impossibilidade de superação da dificuldade contramajoritária do Judiciário (GÓES, 2018, p. 162-164). Com isso, reconhece-se o poder discricionário do legislador democrático, não se admitindo a ação legiferante de juízes e tribunais.

Em síntese, a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, representa, a nosso siso, um exemplo claro de decisionismo solipsista, no qual predominou a decisão do colegiado do STF pautada na mera pré-compreensão dos ministros da Suprema Corte. Com isso, tal mutação opera uma ressignificação exegética que retira do Senado Federal a prerrogativa discricionária de suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, restando-lhe tão somente a tarefa de conferir publicidade à decisão emanada da Corte Suprema.

Como bem ponderam Góes; Moraes (2021, p. 250-251):

Com isso, altera-se a eficácia da decisão final de mérito do Supremo Tribunal Federal no controle difuso, que deixa de ser *inter partes* para se transformar em *erga omnes e vinculante*. (...) A nova posição dominante no STF passou a reconhecer que a inconstitucionalidade de uma lei num dado processo subjetivo (controle difuso) deve resvalar seus efeitos para outras relações jurídicas que não aquela apreciada no processo específico. Em essência, a referida tese defende a ideia de que a decisão final de mérito do STF proferida em controle difuso (recurso extraordinário) tem, por si mesma, eficácia geral e vinculante, restando ao Senado Federal apenas editar resolução com o simples objetivo de conferir maior publicidade à decisão judicial cupular. Assim, “o colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental” (Info 886/STF).

Em sentido contrário a tal mutação constitucional, o ministro Marco Aurélio afirmou que o fenômeno previsto no inciso X do art. 52 da CFRB - regra que atende a independência e harmonia entre os poderes - é constitutivo e não simplesmente declaratório, visto que diz respeito à suspensão da execução da lei no território nacional. Na mesma toada conceitual, a visão de Lenio Streck (2017):

O sistema é misto, e não se pode admitir a tese de que o art. 52, X, tenha sido objeto de mutação constitucional, argumento utilizado pelo Min. Eros Grau, no julgamento da Rcl 4.335-5/AC. Não é possível concordar com a posição de Grau. O processo histórico não pode delegar para o Judiciário a tarefa de alterar, por mutação ou ultrapassagem, a Constituição do País (...) Paremos para pensar: uma súmula do STF, elaborada com oito votos (que é o quorum mínimo), pode alterar a Constituição (...) Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga em última análise **uma concepção decisionista da jurisdição** e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como **poderes constituintes permanentes**. Ora, um tribunal não pode mudar a Constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional numa democracia. Portanto, parece óbvio que, se se entendesse que uma decisão em sede de controle difuso tem a mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, cairia por terra a própria diferença.

De tudo se vê, por conseguinte, que, sem embargo dessas considerações altamente pertinentes que reconhecem que a competência do Senado Federal para a suspensão da execução da lei traz mais prejuízos que benefícios para a ordem jurídica como um todo, o fato é que a mutação constitucional operada pelo STF se aproxima perigosamente de um decisionismo solipsista (ativismo judicial desproporcional), que fazendo uso dessa figura jurídica desconsidera a literalidade insofismável do art. 52, X, da CRFB/88. De rigor, a nova posição do STF não deixa de simbolizar a **valorização dos precedentes judiciais**, cuja eficácia transcende os casos em que foram proferidos, dentro de um processo de “objetivação do controle difuso”, que se potencializa ainda mais pela implantação da figura jurídica da repercussão geral em sede de recurso extraordinário (GÓES; MELLO, 2021, p. 254).

Em suma, se é verdade que a visão clássica não valoriza o precedente judicial, a nova visão da mutação constitucional viabiliza o processo de “objetivação” ou “dessubjetivação” do controle difuso, cuja finalidade é evitar que situações semelhantes tenham decisões diferentes decorrentes do controle incidental de constitucionalidade. Com isso, opera-se a tendência de equalização entre os controles difuso e concentrado no Brasil. Com efeito, a nova visão do STF atribui ao controle concreto os mesmos efeitos do controle concentrado (*erga omnes/vinculantes e ex-tunc*).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou demonstrar que a tese da mutação constitucional do art. 52, X, teve o condão de incorporar ao controle difuso brasileiro a força do *stare decisis* estadunidense, que empresta efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário.

Em apertada síntese, restou evidente que a nova posição do STF atribuiu efeitos *erga omnes* e vinculantes à decisão final de mérito em sede de recurso extraordinário, ainda que tal decisão não tenha transitado na parte dispositiva da sentença. Portanto, tal qual a jurisdição abstrata brasileira e tal qual o *stare decisis* norte-americano, a decisão final do STF, em sede difusa, também passa a vincular a todos, sem a necessidade de uma Resolução do Senado Federal.

Dessarte, além de equalizar os efeitos dos controles difuso e concentrado, também faz a aproximação da nossa tradição romano-germânica com o sistema da *common law* a partir da valorização dos precedentes judiciais, ou seja, da construção pretoriana que inova a ordem jurídica pátria ao atribuir eficácia geral transcendente às partes. De tudo se vê, por conseguinte, que a mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988, traz no seu bojo a abstrativização do controle difuso e da convergência dos controles abstrato e concreto.

Em essência, tal mutação opera a transcendência dos motivos determinantes que se encontravam na parte de fundamentação da sentença para a parte dispositiva, gerando com isso efeitos vinculantes para a decisão do STF em sede de jurisdição difusa. Em consequência disso, a partir de um caso concreto qualquer, a Suprema Corte declara com efeitos vinculantes a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal.

Com efeito, a mutação constitucional em tela alterou radicalmente o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que já era um dos mais complexos do mundo. Abandona-se aqui a tese consolidada de que a Resolução Suspensiva é um ato discricionário do Senado Federal, que pode ou não suspender a lei declarada inconstitucional pelo STF. Agora, seu papel é de mero órgão de publicidade.

É nesse sentido que surge a crítica à releitura constitucional do artigo 52, inciso X, na medida em que se reconhece o ativismo desproporcional do colegiado da Corte Suprema, que pode chegar mesmo à implantação

de um Estado Judicial de Direito, violador da separação de poderes e da própria democracia. E assim é que a partir destas considerações, constata-se que haverá uma transformação radical no que tange à questão constitucional suscitada no controle difuso de constitucionalidade.

A questão fundamental que se impõe é saber se a ideia de mutação constitucional do artigo 52 inciso X da CRFB/88 representa ou não um ativismo judicial desproporcional (decisionismo solipsista) (GÓES; MELLO, 2021, p. 258).

Enfim, a ideia da abstrativização do controle concreto, que reside na atribuição de efeitos vinculantes à decisão proferida pelo STF em sede de Recurso Extraordinário, elimina as diferenças entre as duas modalidades de controle, difusa e abstrata.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*, 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 3682/MT*. Relator(a): GILMAR MENDES, julgado em 09/05/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur5791/false>. Acesso em: 22 de nov. 2021.

GOÊS, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. *Controle de constitucionalidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016.

GÓES, Guilherme Sandoval, MELLO, Cleyson de Moraes. *Controle de Constitucionalidade. 2 ed.* Rio de Janeiro: Processo, 2021.

GÓES, Guilherme Sandoval. Ativismo judicial, judicialização da política e politização da justiça no estado de direito contemporâneo. *Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença*, [S.l.], v. 19, n. 2, p. 93-106, dez. 2021. ISSN 2447- 4290. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/1178>. Acesso em: 27 dez. 2021. doi: <https://doi.org/10.24859/RID.2021v19n2.1178>.

GÓES, Guilherme Sandoval. *Direito constitucional avançado*. Rio de Janeiro: Se- ses, 2018.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpre- tes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimen- tal’ da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MELO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. 1.ed. São Paulo: Sa- raiva, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre ju- risdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Questio Iuris*, v. 6, n. 02, ISSN 1516-0351, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto, o ativismo judicial, em números?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-a-tivismo-judicial-numeros> Acesso em 27.08.2016.

SILVA, José Afonso Da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

O USO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ATINGIMENTO DOS INTERESSES SOCIAIS E EFICIÊNCIA PROCESSUAL

BARBOSA, Diego Rodrigues¹

FARAH, André²

- 1 Graduado em Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e graduando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais(Ibmec Rio), aluno pesquisador do grupo SOCEDIR, vinculado ao Ibmec, rodriguesbarbosadie-go@gmail.com.
- 2 Doutorando do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Público, pela UERJ. Pesquisador do grupo de pesquisa A Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento DGP-CNPq (Ibmec-Rio). Professor do CEPED UERJ/ITS. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO

O trabalho compreende um estudo acerca do uso devido do Termo de Ajustamento de Conduta pelo Ministério Público em relação à eficiência processual e a preservação de direitos indisponíveis ao indivíduo, garantidos pela Constituição Federal. Nesta linha, procura-se analisar como o princípio da proporcionalidade pode vir a auxiliar no processo de tomada de decisão, em busca de uma solução razoável, que determine um equilíbrio entre o acesso à justiça e a celeridade processual, tendo como referência o valor-fonte central a dignidade da pessoa humana. 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 coleta de dados se deu a partir de pesquisas bibliográfica, jurisprudencial e legal.

Palavras-chave: termo de ajustamento de conduta, Ministério Público e celeridade processual

1. INTRODUÇÃO

Diante da morosidade processual no âmbito judicial, a necessidade de se alcançar os direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos se torna pulsante, uma vez que os custos pecuniário e emocional (para as partes) aumentam (Samuel Miranda Arruda, em *Comentários à Constituição do Brasil*, 2013, p. 511) à medida em que o tempo transcorre. Ademais, as circunstâncias fática e processual corroboram para a violação do princípio da celeridade, este um direito constitucional e fundamental, prescrito no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna de 1988.

Além da celeridade do processo, também é preciso respeitar sua duração razoável, a fim de que o ritmo seja adequado, com o respeito à complexidade do caso concreto. Em outras palavras, a celeridade e a duração razoável são quesitos que podemos estabelecer como qualitativos do processo. Sem se distanciar da realidade, e por ser de conhecimento jurídico consolidado, os processos menos graves encharcam o Poder Judiciário, o que reflete um atraso na resolução daqueles de maior complexidade e relevância social. Há quem afirme que a cultura da judicialização fortalece essa característica, que seria fruto de uma somatória negativa: a ganância de muitos advogados, a má-fé de grandes empresas de serviço e também a mesquinhez humana, no que tange à conduta do litigante (MIRANDA, 2013, p.513), quando busca se aproveitar dos instrumentos jurídicos existentes em nosso ordenamento.

Como tentativa para mitigar esses efeitos deletérios deixados pelo referido processo de “superjudicialização”, deu-se a criação de um instituto denominado por “termo de ajustamento de conduta”, mais comumente tratado pela sigla TAC. Esse instrumento vem se mostrando de grande eficiência na resolução de conflitos, inclusive, garantindo em maior grau os direitos das vítimas, proporcionando mais segurança e velocidade. Esse instrumento jurídico-administrativo vem sendo usado com grande frequência pelo Ministério Público, sendo que o TAC viabiliza não apenas a celeridade na composição do conflito, mas também no que se refere à necessidade de reparação e compensação do dano sofrido pela vítima.

Assim, a ideia do presente trabalho é não só lançar sobre este instrumento um olhar mais apurado, mas também apontar para as medidas que, no seu âmbito, colaboram para a viabilização do equilíbrio entre acesso à justiça na sua vertente substantiva e a celeridade processual, elementos muitas vezes apontados como colidentes entre si.

Embora o instrumento possa ser utilizado por vários atores públicos, daremos enfoque ao uso do TAC pelo Ministério Público, por ser a instituição que maior destaque a ele concede. Chama-se a atenção de que o TAC possui o objetivo de evitar um dano ou evitar que algo negativo venha a ocorrer, caso o rito judicial, mais demorado, seja utilizado. O termo assinado pelo causador do dano pode ser de obrigação de fazer e não fazer, no intuito de compensar um direito irrecuperável violado ou colocar uma barreira de violação iminente para evitar a consumação do dano.

Assim, a análise deste instrumento faz-se crescentemente importante, pois está intimamente relacionado, não somente à hodierna ideia de celeridade, mas também atinge o corpo social com a construção dialógica de uma justiça substancial.

2. A CELERIDADE PROCESSUAL E SEUS FUNDAMENTOS

Calcada de forma imanente ao acesso à justiça, a ideia de celeridade processual, após a Carta Magna de 1988, foi ampliada. Principalmente, com o crescimento da justiça federal e também da justiça do trabalho, presente em praticamente em todos os estados federados (ARRUDA, em Comentários à Constituição, 2013, p. 507). Como um corolário, inevitavelmente, uma contribuição positiva à fortificação do devido processo legal.

Em contrapartida, Arruda nos salienta que à medida que o acesso à justiça aumenta, a qualidade da prestação jurisdicional (no caso, a administração dos tribunais) precisa acompanhá-la, para que não haja retardo na solução dos processos, por ausência de uma administração adequada da burocracia do Poder Judiciário, o que levaria a uma acumulação das pendências judiciais, além de ensejar à elaboração de sentenças equivocadas em razão da necessidade da máquina judiciária ter que dar conta de uma demanda interminável.

Esse efeito colateral causa uma violação à duração razoável do processo, com um custo relacionado à morosidade do Estado na resolução dos conflitos, custos emocionais aos litigantes e uma calamidade à própria qualidade das decisões que, nesta linha, podem deixar de conceder um resultado de justiça às demandas submetidas ao Estado-juiz. Assim, essa quantidade - isenta de qualidade - gera, não só, a desaceleração processual para dar fim aos processos submetidos ao Poder Judiciário, mas também acabam por propiciar uma análise deficiente sobre o mérito, violando, em ambos os casos, o princípio da eficiência, que sabidamente guarda assento na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no *caput* do Art. 37.

Como afirmam Marioni Mitidiero, no livro *Curso de Direito Constitucional*, 2020, p. 898:

A duração razoável do processo deve levar em conta o tempo para prestação da tutela do direito - caso a parte autora se sagra vencedora - ou a simples prestação da tutela jurisdicional - caso a parte autora sucumba ou seja prolatada decisão que extingue o processo sem resolução de mérito.

Logo, para os juristas em tela, não apenas a complexidade do interesse pretendido do autor é levado em conta, mas também um rito processual eficiente. Afinal, retardar a resolução de mérito prejudica, como um corolário, o mérito que possa estar em tela ao caso concreto. Ou seja, ambas são variáveis que determinam a celeridade do processo.

Nessa linha de raciocínio, a Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu critérios para a aferição da duração razoável do processo (Marioni e Mitidiero, 2020, p. 898): (i) complexidade da causa; (ii) comportamento das partes; (iii) o comportamento do juiz na condução do processo. Ademais, os constitucionalistas salientam que a Corte soma a esses três aspectos apresentados em caráter genérico, outros que levam em conta a importância da decisão da causa na vida do litigante.

A fim de dar maior clareza ao que foi acima estabelecido, podemos citar, por exemplo, a relevância da duração excessiva do processo para a vida do litigante prejudicado, quando o litígio versa sobre responsabilidade civil por contágio de doenças (status pessoal); ou ainda, nas causas em que a liberdade pessoal do réu esteja ameaçada na esfera do processo penal. É neste sentido que o grau de importância da decisão da causa na vida do litigante acaba por elevar a preocupação na análise da razoabilidade da duração do processo.

Verificamos, ante o exposto, que a celeridade processual não é um princípio que é analisado de forma abstrata, pois a velocidade desta está vinculada também às variáveis concretas estabelecidas pela Corte Europeia. O princípio em tela, quando ausente de respeito à primazia da realidade litigiosa brasileira (ligada à realidade socioeconômica dos litigantes) vai de encontro a um processo justo e ao devido processo legal. A própria economia processual, geradora de uma celeridade, a exemplo de ações coletivas, é um meio de busca à razoável duração do litígio, aplicada, preferencialmente, com um olhar minucioso sobre o caso concreto. Outra forma de acelerarmos o respeito aos litigantes é considerarmos no

âmbito da análise o princípio da instrumentalidade, afinal, uma mera irregularidade de forma, se não afeta o processo e atinge o fim pretendido, não pode atrasar o fim da litigância. O foco precisa ser o avanço da qualidade da justiça brasileira.

Para aderir à reflexão da dialética em tela, expomos a crítica do processualista civil Daniel Neves (2019, p. 205):

Enquanto o Estado brasileiro, por meio do Poder executivo e seu laiaio, o Poder legislativo, continuarem a ver o Poder Judiciário como um estorvo, este Poder não terá condições materiais para enfrentar o cada vez maior número de processos. O que falta é dinheiro, estrutura e organização profissional, temas estranhos ao processo civil. Sem isso, continuará somente como promessa vazia o direito a um processo com duração razoável. Triste é constatar que o Estado brasileiro, em especial, o Poder Executivo, não deseja um Poder Judiciário ágil e eficaz, porque, sendo um dos clientes preferenciais do Poder Judiciário, em regra como demandado, para o Poder Executivo, quanto mais tempo demorar o processo melhor será, afinal, o governante de plantão provavelmente não mais estará no cargo final do processo; logo, o problema já não será mais dele. Enquanto nossos governantes tiverem essa tacanha e imediatista visão, dificilmente as coisas melhorarão em termos de celeridade processual (...)

O pensamento do processualista citado, em suma, enfatiza que o problema do retardo processual não está nos mecanismos processuais, prescritos no diploma legal, mas, sim, em questões externas, que vão além de um conhecimento jurídico. No caso, refere-se ele à influência política, que alterna a cada período eleitoral, sempre com o fito de contemplar um interesse particular.

Diante dessa circunstância, a pergunta que se abre seria a seguinte: funcionariam como paliativos processuais o julgamento antecipado do mérito (art. 355 do CPC); o procedimento sumaríssimo (Lei 9.099/1995); o procedimento monitório (arts. 700 a 702 do CPC); o julgamento de improcedência liminar (art. 332 do CPC); julgamentos monocráticos do relator (art. 932 do CPC); a prova emprestada (art. 372 do CPC); o processo sincrético; o incentivo à prática de atos processuais pelo meio eletrônico (arts. 170; 171; 183, §1º; 194, 205, § 3º, 228, § 2º; 232; 235, § 1º; 246, V; 263; 270; 334, § 7º; 513, § 2º, III; 879, II; 880, § 3º; 892; 915, § 4º, 945; 979; 1.019, III; 1.038, § 1º, todos do CPC); a repressão à chicana processual

(art. 77, § 2º, do CPC); o julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos (arts. 1.036 a 1.041 do CPC); o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987 do CPC); a previsão expressa de tutela de evidência (art. 311 do CPC); e o aumento da eficácia vinculante de precedentes e súmulas (art. 927 do CPC)?

A extensa pergunta acima formulada, fundada nos mecanismos processuais citados, ganha força, quando materializamos dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no que tange a número de processos que hoje tramitam. Segundo o CNJ, 75,4 milhões é a quantidade de ações pendentes. Esse contundente número levanta as seguintes questões (somadas às críticas) do jurista Daniel Neves: quantas pessoas terão o caso concreto resolvido? Há juízes para atender toda essa tão elevada demanda processual? Quais as consequências desse atraso na prestação jurisdicional? Pode a cultura da judicialização ser apenas a culpada desse cenário? O processo eletrônico aumentou ou retardou a celeridade, tendo em vista o número grande de brasileiros sem acesso à energia e internet?

Um outro fator fático considerado em uma realidade pandêmica como a vivenciada é o elevado número de patronos solicitando que o processo seja prorrogado, já que a relação com o cliente se tornou problemática em função do risco pandêmico. Diante dos desafios exemplificados, a questão que se abre é a seguinte: há algum meio alternativo para poder controlar e mitigar essa deficiência processual, se tais dispositivos do CPC parecem não conseguir gerar, de verdade, a eficiência esperada?

Independente da resposta, o fato é que, hoje, o Brasil não consegue dar efetividade ao art. 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica. Este dispositivo, internalizado ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, passa a ter especial dimensão no que tange à celeridade da tramitação e duração razoável do processo, pois correlacionado ao inciso LXXVIII do Art, 5º, da Constituição Federal de 1988,

Nesta linha, Didier Jr. (2020, p.127-128), seguindo linha defendida por Flávia Piovesan, afirma que a Constituição de 1988, ao recepcionar os direitos enunciados em tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, confere-lhes hierarquia de norma constitucional. Com isso, os direitos constantes nos tratados internacionais integrariam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justificaria estender a estes direitos o regime constitucional. Mesmo que o Supremo Tribunal Federal não adote tal visão, conferindo aos direitos humanos advindos de tratados

que não passaram pelo rito estabelecido no §3 do Art. 5 da Carta Magna apenas a hierarquia supralegal, vê-se que o Pacto de San Jose possui especial estatura no ordenamento brasileiro.

Destarte, a celeridade processual, intrinsecamente em função da duração razoável do processo, é direito fundamental e constitucional ao indivíduo brasileiro que, ao buscar o ganho de causa, seja como autor ou réu, deve ser beneficiado e protegido contra qualquer dano de retardo processual. Infelizmente, em uma demora de resolução de mérito, o prejudicado é o hipossuficiente, este sem recursos financeiros para ter fôlego, durante o litígio, e conseguir se proteger ou angariar o direito desejado.

3. O TAC COMO COIBIÇÃO DE ABUSOS E PROTEÇÃO DOS HIPOSSUFICIENTES

Dando início à temática referente ao Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), como instrumento jurídico para resolver conflitos que circundam os direitos coletivos, difusos, transindividuais e metaindividuais, faz-se relevante apontar para a existência do inquérito civil (art. 129, III, CF/88), instrumento de grande importância para a atuação do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições constitucionalmente estabelecidas. Havendo indícios de violação civil, pode o Ministério Público lançar mão ou de uma ação civil pública (ACP) ou um TAC (art 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985), sendo estes independentes, mas complementares.

São independentes, pois a proposição de uma ACP não depende de um inquérito civil ou de uma tentativa de TAC, se já há provas cabais suficientes colocadas à disposição pelo denunciante, quando noticiou o fato. No caso do TAC, a linha de pensamento segue a mesma trilha: caso já se tenha documentos com forte teor probatório, pode-se dispensar a instauração de um inquérito civil (IC). O raciocínio produz lógica, pois acelerando-se a resolução do problema em análise ainda na esfera administrativa, alcança-se a economia processual, eleva-se a celeridade e evita-se o agravamento do dano. Apenas um adendo: o TAC, diferente do IC, que é privativo do Ministério Público, pode ser usado por outros órgãos públicos legitimados. Todavia, observa-se o TAC, utilizado mais pelos órgãos ministeriais.

Nessa linha, vale dar relevo ao fato de que, na prática, este instrumento vem sendo muito visto na seara do Ministério Público do Trabalho (LEITE, 2021, p. 230), fundamentalmente na esfera das violações à CLT. Mesmo diante de um insucesso na negociação do TAC, o membro do MP terá tido a oportunidade de análise do comportamento do

causador do dano. Ademais, poderá fazer constar na ACP que houve a tentativa de um TAC, mostrando ao juiz que teve a intenção de conceder celeridade e promover a economia processual, princípios constitucionais já anteriormente abordados.

Em função do uso rotineiro do TAC com vistas a proteger o interesse da coletividade, debruçamo-nos nele para materializar a importância de ser ter um instrumento jurídico que possa contornar, em forma de acordo, principalmente, os danos causados por grandes empresas às pessoas vulneráveis. Aliás, somada à proteção dos hipossuficientes, o TAC possibilita ao causador do dano corrigir as violações, sem uma oneração excessiva que poderia ocorrer na eventualidade de uma condenação pela via judicial.

Neste caminho, vale salientar que o TAC pode ser proposto pela parte ré, tanto, no momento de fase administrativa, quanto já em andamento judicial de uma ação civil pública já impetrada. Ou seja, a ideia norteadora aparente do instrumento TAC é servir quando a questão chega ao juiz *a quo*, como um meio necessário de estímulo ao acordo entre as partes, para alcançar o fim do litígio, mesmo que por via de homologação do magistrado, valendo este como um título executivo judicial.

Como se vê, a ideia é alcançar a celeridade e a economia. Logo, por mais que o Ministério Público não alcance a resolução no campo administrativo, é preciso que o juiz estimule a cooperação entre os litigantes. É importante frisar que, em termos processuais, a visão vai além de uma parte particular, pois o foco é qualidade da atividade jurisdicional para o todo.

Quando nos referimos à expressão “todo”, acima, fazemos referência aos artigos 14 a 14-A da Resolução n. 69/2007 do Conselho Superior do Ministério Público. Lá se encontram outras expressões bastante significativas, tais como “reparação do dano”, “adequação da conduta às exigências legais ou normativas”, “compensação” e “indenização aos danos que não possam ser reparados”. Chama-se a atenção a essas expressões, pois mostram-se elas suficientes para descrever o motivo pelo qual se dá a existência de tal instrumento jurídico. Em suma, deixa claro que o Ministério Público pode propor uma obrigação de fazer, de não fazer ou mesmo exigir uma quantia indenizatória. Evidentemente, o ato de compensar deve observado, quando houver um erro que não possa mais ser reparado, até porque ninguém compensa algo que possa ser desfeito. Na obrigação de fazer e não fazer, vemos uma carga de imposição e coibição para que os danos não sejam repetidos e, nesta linha, não agravem a situação.

Um ponto a se frisar é que o membro do Ministério Público, ao formular um TAC, precisa ser coerente com a primazia da realidade e ter em vista que o objetivo é o bem dos hipossuficientes. Logo, se fizer um termo de impossível cumprimento pelo causador do dano, é possível que essa impossibilidade venha mesmo a prejudicar a parte que sofreu a lesão. Então, por mais que a parte ré tenha cometido um grave erro, o raciocínio norteador não pode ser apenas o de punir, mas também se deve levar em conta que tal punição seja exequível, para benefício daqueles que tiveram prejuízo com a atuação irregular do causador do dano.

Desta forma, estará o Ministério Público promovendo a proteção dos hipossuficientes e garantindo que a desigualdade social local não se estenda. Em muitos casos, a parte ré é responsável pela criação de muitos postos de trabalho, possuindo grande função social na localidade. Destarte, a razoabilidade deve nortear a condução do TAC de maneira que o resultado deste não só desestimele condutas futuras irregulares e repare os danos causados, mas também mantenha em equilíbrio as relações sociais vigentes na localidade atingida.

Pelo exposto, primordial que não faça um Termo de Ajustamento de Conduta irrazoável e desproporcional em relação ao caso concreto em análise. Em curtas palavras, a essência de um TAC é a de buscar o equilíbrio social, sendo que o instrumento não pode ser visto como uma arma punitiva, mas um meio de resolução de conflitos sociais, principalmente quando envolvidos atores hipossuficientes.

4. O TAC COMO ATINGIMENTO DO INTERESSE SOCIAL PRIMÁRIO

Começamos com a reflexão sobre a existência de um instrumento jurídico que vise primar pelo chamado interesse público primário. Para vislumbrar tal situação, faremos uso de uma situação hipotética. Digamos que uma distribuidora de energia elétrica deixa de fornecer seus serviços a uma específica cidade brasileira, durante semanas consecutivas, prejudicando milhares de pessoas. Diante da circunstância, diversos danos materiais e morais ocorrem. Sem dificuldade, poderíamos listar alguns, tais como: perda de empregos (quando a entrevista era para ter sido realizada por via *online*), perda de venda por empresas que vivem do comércio *online*, eletrodomésticos e eletrônicos danificados, remédios estragados (por necessitarem de refrigeração), pessoas com risco de morte, que eram ligadas a aparelhos e estavam em *home care*, além de outras possíveis situações periclitantes.

Vendo esse cenário caótico, o Ministério Público pode propor, antes do ajuizamento de uma ação civil pública, caso entenda que desta forma melhor contribuirá para o interesse da coletividade, um Termo de Ajustamento de Conduta. Se observarmos, no caso desenhado, todos os direitos violados podem ser caracterizados como fundamentais, situados, inclusive, como Direitos Humanos. Logo, a participação dos membros ministeriais é de transcendental importância para que se cumpra o dever de proteção aos interesses sociais que, através do TAC, irá reparar, indenizar ou compensar os danos causados pela “distribuidora de energia”, o mais breve possível.

No entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o TAC tem natureza jurídica de transição, como segue abaixo:

O Termo de Ajustamento de Conduta, por força de lei, encerra **transação** para cuja validade é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico. (...) Conseqüentemente, é nulo o título subjacente ao termo de ajustamento de conduta cujas obrigações não foram livremente pactuadas, consoante adverte a doutrina, *verbis* “(...) Para ser celebrado, o TAC exige uma **negociação prévia** entre as partes interessadas com o intuito de definir o conteúdo do compromisso, não podendo o Ministério Público ou qualquer outro ente ou órgão público legitimado impor sua aceitação. (grifo nosso)

Como bem esclareceu o STJ, precisa haver uma “negociação prévia”, com especial atenção ao vocábulo ‘negociação’. Ademais, também há de se conceder maior atenção à impossibilidade de imposição à aceitação. Estas duas condições fazem com que o TAC não seja um instrumento de coação moral pelo órgão legitimado, pois o Ministério Público deve respeitar um princípio básico da teoria jurídico-civil: a autonomia das partes no âmbito negocial. Esse é um pilar básico da juridicidade em um Estado Democrático de Direito. Como anteriormente afirmado, deve, neste sentido, haver parcimônia do Ministério Público ao lidar com a formulação do ajustamento de conduta, pois o foco é o interesse social primário (interesse do corpo social) e não a punição exclusiva.

Vale ressaltar, nesse sentido, que a defesa do interesse social (primário) não pode se submeter aos interesses públicos secundários, caso contrário, os direitos sociais já estariam sucumbidos por completo. Todavia, insta esclarecer que, por mais que o interesse social esteja acima dos

anseios da Fazenda Pública, o TAC funciona com o fito de estabelecer obrigações possíveis de cumprimento para que não prejudique os cofres públicos e, ao mesmo tempo, os trabalhadores. Um termo de ajustamento de conduta não pode ser irrazoável e desproporcional, mesmo que o violador tenha causado o mal aos empregados, caso contrário, será impossível de cumprir o acordo, caindo inevitavelmente em multas, o que acarretará mais prejuízos à Fazenda Pública.

Por isso, impor cláusulas de cumprimento inimagináveis e forçadas, sem a anuência do compromissário, faz com que o TAC corra o risco de ser nulo, como prevê os arts. 166 e 167, do CC. Não é à toa que o STJ entende o TAC como uma negociação prévia e sem imposição e, quando se trata da Fazenda Pública, por mais que o interesse social esteja acima desta, a cobrança desproporcional foge da essência do instrumento jurídico que é dar proteção aos vulneráveis transindividuais, através de uma celeridade e economia processual.

Ademais, importante um adendo ao TAC: por força do art. 2º da Lei 9.784/1999, deve ser fundamentado mediante razões que o levaram a ser celebrado. Clareia o dispositivo legal, prescrito, abaixo:

Art. 2o A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

- I - Atuação conforme a lei e o Direito;
- II - Atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
- III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- IV - Atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- V - Divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
- VI - Adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
- VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
- VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

- IX** - Adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;
- X** - Garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;
- XI** - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;
- XII** - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;
- XIII** - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Se analisarmos cada inciso do artigo da Lei, notaremos que os princípios do artigo 37, caput, da CRF/ 1988 percorrem por toda redação. O inciso I no que tange à legalidade; no inciso II, extraímos o princípio da impessoalidade, quando usa a expressão “interesse geral”; no III, os princípios da impessoalidade e moralidade; no IV, o princípio da moralidade; no V, o princípio da publicidade; ; no VI, os princípios da impessoalidade e da moralidade; no VII, o princípio da legalidade (motivos que fundamentariam o TAC); no VIII, os princípios da publicidade, da legalidade e da eficiência; no IX, o princípio da moralidade e da legalidade; no X, o princípio da publicidade e da legalidade; no XI, os princípios da legalidade e da proporcionalidade; no XII, o princípio da a legalidade; XII, o princípio da proporcionalidade.

Enxergamos que os princípios do art. 37, da CF/88 são norteadores para que o Ministério Público se pautem em um TAC fundamentalmente atrelado aos interesses públicos primários. Aliás, o Ministério Público, portanto, mesmo mediante um ente público, deve seguir o art. 37, *caput*, da CF de 1988.

Já quando o MP se encontrar diante de um ente privado, deve se debruçar na solidariedade, autonomia, livre iniciativa, imputação civil dos danos, função social dos contratos e lealdade. Cada circunstância, a depender da natureza jurídica do causador do dano, pede uma configuração específica, o que vai ao encontro do entendimento do STJ. Por fim, mas não menos importante, a alternativa de compensação não deve ser esquecida, principalmente em situações de desastre ao meio ambiente, em que já não se pode desfazer o dano causado. Isso porque a natureza possui o próprio tempo de recuperação que o ser humano precisa respeitar. A única saída é tentar aumentar a velocidade dessa possível melhora, nem que seja um ato

compensatório, por meio de investimentos de reeducação ambiental para se evitar novos e piores calamidades de natureza humana.

5. METODOLOGIA

A presente pesquisa tem a pretensão de ser uma investigação aplicada, com objetivos descritivos e mesmo exploratórios. Descritivos, porque visa a mostrar algumas das características essenciais do instituto do termo de ajustamento de conduta, principalmente quando manuseado pelo Ministério Público; exploratórios, pois sendo um instituto pouco desenvolvido pela doutrina pátria, tem essa investigação a pretensão de impulsionar maiores atenções a este instituto. No que se refere à abordagem, trata-se de investigação qualitativa cujos procedimentos de coleta de dados se deu a partir de pesquisas bibliográfica, jurisprudencial e legal.

6. CONCLUSÕES

Em razão das investigações realizadas, considera-se o TAC como um meio essencial para o atingimento, não apenas da celeridade processual, mas também de maior acesso à justiça em sua vertente substancial, pois é relacionada à garantia da dignidade humana. Mesmo que pareça, à primeira vista, um ato de disponibilidade do interesse coletivo, com a intervenção do Ministério Público, a atuação do órgão legitimado, em tela, vai exatamente ao encontro do princípio da indisponibilidade do interesse público, quando, visando garantir a dignidade do hipossuficiente, colateralmente propicia um acesso à justiça, não em sentido formal, mas em seu sentido substantivo.

Importa ressaltar que a via dialógica não retira do Ministério Público a necessidade de ajustar o acordo firmado ao interesse público perseguido. Por isso, este instituto viabiliza e potencializa as ações ministeriais no que se refere a um Ministério Público democrático e, por isso, cumpridor da lei, protetor dos vulneráveis e garantidor da dignidade humana por parte dos diversos grupos sociais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família por todo amor e carinho, aos meus orientadores André Farah, Marcelo Machado Costa Lima e Getúlio Braga

Júnior pelo conhecimento e sabedoria, à minha namorada Fabiana pela cumplicidade e força para superar os obstáculos da vida e aos amigos verdadeiros que sempre torceram por mim.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm#:~:text=poder%20de%20decis%C3%A3o.,Art.,jur%C3%ADica%2C%20interesse%20p%C3%BAblico%20e%20efici%C3%AAncia. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Especial 802060/RS. Lei 7347/85. Administrativo. Dano Ambiental. Inquérito Civil. Termo de Ajustamento de Conduta. Art. 5º, § 6º, da Lei 7347/85. Título Executivo Extrajudicial. Imposição pelo Ministério Público. Cerceamento de defesa. Excesso de cobrança. Multa moratória. Homologação de termo de ajustamento pelo Conselho Superior do Ministério Público. Art. 9º, §§ 2º e 3º da Lei 7437/851. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8578228/recurso-especial-resp-802060-rs-2005-0201062-8>. Acesso em: 10 dez. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1º edição. São Paulo: Saraiva / Almedina, 2013.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 22º ed. Salvador: Jus Podvm, 2020.

FILHO, José do Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2020

MIRANDA, Samuel Arruda. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 12ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

A CONVENÇÃO DE SINGAPURA E O TRATAMENTO DA INSOLVÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

BRAGANÇA, Fernanda¹

BRAGA, Renata²

LOSS, Juliana³

BISI, Bruna⁴

- 1 Doutora em Direito pela UFF. Pesquisadora visitante na Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Pesquisadora do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getulio Vargas. Advogada. Email: fernanda.braganca@fgv.br
- 2 Pós-doutora pela UFRJ e pela Universidade de Coimbra. Doutora em Direito pela UFSC. Professora adjunta do Curso de Direito da UFF – Volta Redonda. Email: renatabragak@terra.com.br
- 3 Doutora em Direito pela Université Paris 1 Panthéon Sorbonne e pela Universidad Carlos III de Madrid. Coordenadora Técnica de Mediação da Fundação Getulio Vargas. Coordenadora Executiva do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV. Email: juliana.loss@fgv.br
- 4 Mestranda em Direito Processual pela UFES. Especialista em Direito Público. Procuradora Municipal de Castelo/ES. Pesquisadora do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV. E-mail: bruna_bisi@hotmail.com.

RESUMO

O trabalho visa analisar como a Convenção de Singapura contribui para a executoriedade de um acordo internacional de solução de conflitos resultante de mediação e o fortalecimento da cooperação internacional e da utilização de meios adequados de solução de conflito, mormente a mediação. A pesquisa parte de uma revisão bibliográfica sobre o tema e propõe a análise de como o ordenamento jurídico brasileiro garante a segurança jurídica na execução dos acordos internacionais de mediação celebrados e como o tema é tratado na Convenção de Singapura, assinada recentemente pelo Brasil. Conclui-se que a Convenção de Singapura é um marco regulatório uniforme entre os países signatários e aumenta a segurança jurídica dos acordos de mediação celebrados internacionalmente.

Palavras-chave: segurança jurídica; acordos de mediação; ordenamento jurídico brasileiro; Convenção de Singapura; meios adequados de solução de conflitos.

1. INTRODUÇÃO

Com o avanço da globalização a constante mobilidade de pessoas, bens e serviços, aumentaram os litígios que antes permaneciam dentro do território de determinado Estado, que hoje ultrapassam as fronteiras, sendo necessária a comunicação das normas jurídicas de diferentes soberanias. Isso também ocorre quando as partes realizam seus negócios jurídicos em diferentes países, sujeitos a distintas jurisdições.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a política pública da consensualidade, em especial a mediação de conflitos, se estruturou a partir da Resolução no. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, da Lei de Mediação e do Código de Processo Civil.

Passo importante na consolidação dessa política foi a assinatura pelo Brasil, em 04 de junho de 2021, da Convenção das Nações Unidas sobre Acordos Comerciais Internacionais resultantes de Mediação, também conhecida como Convenção de Singapura. A referida Convenção trata da força executiva de acordos obtidos por meio da mediação comercial, em âmbito internacional.

O objetivo da Convenção de Singapura é dar mais segurança e facilitar o comércio internacional por meio da promoção da mediação como forma de solução de conflitos, dando executoriedade ao acordo e estabelecendo um marco regulatório uniforme entre os países signatários. Diante da assinatura da Convenção, o país garante que os Tribunais de seu país darão executoriedade ao acordo.

Nos termos da Convenção de Singapura o título será formado por acordo entre partes privadas, e não necessariamente organismos internacionais ou soberanias, já que, nos moldes apresentados pela Convenção, a mediação não ocorre somente entre Estados soberanos, motivo pelo qual surge a questão da possibilidade de execução no Brasil do título executivo formado por um acordo celebrado em uma mediação internacional.

2. METODOLOGIA

A pesquisa parte de uma revisão bibliográfica sobre o tema e propõe também uma análise dos efeitos da Convenção de Singapura para o fortalecimento do ambiente de negócios no Brasil e para a garantia de uma maior segurança jurídica para as relações comerciais internacionais.

3. HISTÓRIA DA MEDIAÇÃO NO BRASIL E LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O Brasil possui uma cultura beligerante, portanto, os meios adequados de solução de conflitos, tais como a mediação, ainda estão em desenvolvimento e sendo absorvidos pela sociedade.

As primeiras notícias da legislação brasileira a tratar dos meios consensuais ocorreu com as Ordenações Filipinas onde se mencionou a respeito da conciliação, em uma tentativa conciliatória anterior à propositura da demanda. Tal ideia inspirou a Constituição do Império de 1824, mas foi extinta na Constituição da República de 1890.

Já na década de 70, e ocorreu um avanço na década de 90 no âmbito trabalhista, com as Juntas de Conciliação e Julgamento, reformuladas como varas do trabalho pela Emenda Constitucional nº 24/99. Também no ano 2000 foi inserido o artigo 625-D, na Consolidação das Leis Trabalhistas, que tornava obrigatória a etapa de conciliação, sendo o dispositivo suspenso pelo Supremo Tribunal Federal por entender incompatível com a Constituição Federal (ADI 2.160). A Emenda Constituição nº 45/2004 estabeleceu o princípio da duração razoável do processo e o artigo 92, inciso I.

O Código de Processo Civil de 1973 prosseguiu com o avanço e passou a prever a audiência preliminar no artigo 331, com alterações promovidas nos anos de 1994 e 2002. A conciliação ganhou força com os Juizados Especiais, competentes para conciliar as causas menos complexas nos termos da lei.

O sistema brasileiro era voltado à conciliação, e não se falava em mediação. Somente 2010 o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 125/2010 que Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Dentre os meios adequados, a mediação ganhou força no Brasil principalmente com a referida Resolução e após a publicação da Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação) e da Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil).

O Novo Código de Processo Civil teve um grande impacto nas soluções consensuais ao incentivar, em seu artigo 3º o uso da conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflito, onde se verifica também um processo de desjudicialização do conflito e movimento de fortalecimento do acesso à justiça.

A desjudicialização do conflito é um processo no qual os litígios passam a ser solucionados sem a tradicional dependência do Poder Judiciário por agentes externos a este Poder impulsionado pela autonomia de vontade, muito presente no novo sistema processual constitucional brasileiro, que inclusive permite no artigo 190 a realização e negócios jurídicos.

Com a Pandemia da Covid-19 tornou-se mais latente a necessidade de utilização dos meios adequados de solução de conflito, não sendo mais o Poder Judiciário a única via para o consenso, mesmo porque várias questões podem ser mais bem resolvidas sem a intervenção do magistrado. Com isso, os meios adequados de solução de conflitos ganham cada vez mais espaço para a solução das controvérsias.

A alteração da Lei de Recuperação judicial, extrajudicial e falência pela Lei n. 14.120/2020 teve assento na Lei Modelo da Uncitral⁵ órgão das Nações Unidas especializado na reforma do direito comercial em todo o mundo há mais de 50 anos, e veio em momento oportuno e instaurou um novo sistema de tratamento da insolvência empresarial no Brasil. Uma delas é a possibilidade de realização de mediação antecedente e mediação incidental, além de ser uma inovação na legislação brasileira ao tratar um capítulo inteiro sobre a insolvência transnacional, dispondo sobre o processo de acesso à jurisdição brasileira, do reconhecimento de processos estrangeiros, da cooperação com autoridades e representantes estrangeiros e dos processos concorrentes (art. 167-A ao 167-Y).

Tratar pela primeira vez da insolvência transnacional é um passo importante para o fortalecimento da cooperação jurídica transnacional, fortalecimento da segurança jurídica, além de “maximizar os ativos, preservar a empresa e otimizar a liquidação de ativos” (BARROS NETO, 2021).

4. CONVENÇÃO DE SINGAPURA SOBRE MEDIAÇÃO

Embora a arbitragem (ARROYO, 2020) responda por uma principal via de solução de conflitos comerciais internacionais é crescente a utilização dos métodos autocompositivos, como a mediação, encorajado,

5 Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) é o órgão jurídico central do sistema das Nações Unidas no campo do direito do comércio internacional, criado pela Assembleia Geral em 1966 (Resolução 2205 XXI de 17 de dezembro de 1966). Um órgão jurídico com associação universal, especializado na reforma do direito comercial em todo o mundo há mais de 50 anos, o negócio da UNCITRAL é a modernização e harmonização das regras sobre negócios internacionais.

ormente, pela evolução da tecnologia de comunicação e informação assim como pelo movimento de desjudicialização presente também nas relações comerciais internacionais.

A executoriedade dos acordos obtidos por meio de mediação internacional encontrava obstáculos para o seu reconhecimento em outros países em razão de serem interpretados como meros contratos e demandavam procedimentos judiciais de conhecimento e podiam ser executados de forma imediata (MACHADO, 2021). Desta forma, ao se tornar o 54º país a ser signatário da Convenção de Singapura, em 04 de junho de 2021, o Brasil demonstra um sinal positivo para o comércio internacional e fortalece ainda mais a segurança jurídica para a execução dos acordos internacionais firmados em mediação. É de extrema importância o fortalecimento do instituto da mediação já que a mediação privada se torna cada vez mais reconhecida como forma de solução de conflitos eficaz e juridicamente segura.

Juliana Loss de Andrade (2021) afirma que a harmonização da legislação processual internacional viabiliza a cooperação jurídica entre os países e um maior acesso efetivo à justiça. A segurança que a Convenção traz aos acordos internacionais fortalece ainda mais a prática da mediação, com uma diminuição do tempo e do custo na resolução dos conflitos comerciais internacionais.

No Brasil o Código de Processo Civil reconhece e fortalece a segurança jurídica caso a Convenção de Singapura seja ratificada pelo Governo brasileiro ao dispor sobre a aplicação das normas processuais no sentido de que a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte (art. 13).

Além disso, torna o Brasil um país atrativo para a realização de comércio internacional, com um melhor posicionamento nos rankings desenvolvidos por organizações internacionais como o Banco Mundial (DOING BUSINESS, 2020).

Paulo Fernando Machado (2021) aponta que a Convenção de Singapura pode ser muito útil no fortalecimento de relações comerciais na área do agronegócio, em especial, com a China, que tem uma forte tradição consensual.

A referida Convenção traz requisitos importantes que devem ser observados pelas partes, tais como a forma escrita do acordo, que deverá ser assinado pelas partes e pelo mediador e deve ser realizado no âmbito de um conflito comercial e internacional.

Dentre os principais dispositivos da Convenção temos o preâmbulo e os artigos 1 ao 6. O preâmbulo cuida da justificativa para a adoção da Convenção de Singapura dispendo sobre o reconhecimento da importância da mediação para o comércio internacional, o crescimento da utilização da mediação como meio alternativo de solução de disputas comerciais internacionais e domésticas, efeitos benéficos em relação à redução das hipóteses de rompimento das relações comerciais, facilitação da administração das transações internacionais pelas partes, e diminuição dos casos submetidos ao Poder Judiciário dos Estados. Para o Brasil está em voga o movimento em favor da mediação, inclusive no âmbito do Judiciário.

Como exemplo, durante a pandemia alguns tribunais brasileiros tomaram medidas para implantação de política de regime especial de tratamento de conflitos em âmbito de recuperação judicial, extrajudicial e falências, como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que editou o Ato Normativo n. 17/2020, e o Estado do Espírito Santo que editou o Ato Normativo Conjunto n. 022/2020. Tais atos praticados pelo Judiciário brasileiro, principalmente pelo CNJ visam resguardar também a área econômica do país, pois a insolvência empresarial constitui um dos indicadores da economia de um Estado, mapeado por instituições internacionais como o Banco Mundial.

O Brasil se tornou o 5º país a assinar a Convenção de Singapura sobre mediação, mas sua aplicação em âmbito nacional depende da internacionalização do instrumento seguindo as regras do direito brasileiro. Após ingressar no ordenamento, a convenção será lei especial nos moldes do artigo 13 do Código de Processo Civil, que trata do critério da especialidade.

De acordo com a convenção, o acordo de mediação não é uma sentença estrangeira, mas um título executivo extrajudicial que pode ser diretamente executado, dispensado o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, i, CF), processo pelo que passa os laudos arbitrais e as sentenças judiciais. Além disso, o credor da obrigação poderá promover a execução do acordo que seguirá as regras internas de execução e título executivo extrajudicial, aplicadas as regras de competência interna previstas no Código de Processo Civil (art. 21 a 25, CPC). Por fim, as defesas formuladas pelo devedor se restringem ao que dispõem os artigos 4 e 5 da Convenção de Singapura.

Os artigos 1 e 2 tratam do escopo de aplicação e definições dispendo que a Convenção não se aplica nas questões de direito do trabalho, de família e de sucessões, bem como que a parte não pode ser consumidora (não se

aplica aos contratos B2C – *bussiness-to-consumers*). O artigo 3 estabelece os princípios gerais, a autonomia da vontade das partes e que a execução do acordo seguirá a *lex fori*⁶ e as regras da convenção, dando maior flexibilidade, porque as regras para a execução do acordo é muito difícil no plano de convenções internacionais conseguir definir as questões processuais que variam de país para país, e o objetivo maior é ter regras comuns para o objeto da convenção. A ideia é uma harmonização das regras internacionais.

De acordo com o artigo 1(3) da Convenção não estão abrangidos pelo texto convencional os acordos de mediação concluídos no seio de processos judiciais ou arbitrais, ou seja, é expressa a exclusão dos acordos passíveis de execução como sentença judicial ou arbitral, pois as mesmas têm uma forma específica de execução/reconhecimento.⁷

Os artigos 4 e 5 falam dos requisitos para a execução do acordo de mediação e as hipóteses de recusa de sua execução. As questões da defesa do réu estão bem delimitadas, e não é possível ao réu em sua defesa da execução reabrir a discussão. Já o artigo 6 trata da concorrência de processos (*parallel applications*).

Com relação aos requisitos para a execução do acordo de mediação temos que ele deverá ser escrito e assinado pelas partes, e resultado de um processo de mediação em que o mediador assina, com a certificação da instituição ou de outra autoridade competente. Há necessidade de comprovação de que houve uma certificação e uma instrução. Caso esteja em idioma diferente daquele em que se requer a execução, necessário apresentar a tradução. No Brasil, juramentada e o documento apostilado.⁸

As hipóteses de recusa previstas no artigo 5 a convenção prevê que para que o acordo seja recusado a parte interessada deverá demonstrar: (a) a incapacidade da parte que concluiu o acordo de mediação; (b)

6 *Lexi fori* é um termo usado em direito internacional privado que significa a lei do foro; a lei que será aplicada a demanda é aquela que rege o tribunal no qual a ação é proposta.

7 “This Convention does not apply to:

(a) Settlement agreements:

(i) That have been approved by a Court ou concluded in the course of proceedings before a Court; and (ii) That are enforceable as a judgment in the State of that Court;

(b) Settlement agreements that have been recorded and are enforceable as na arbitral award”.

8 O Brasil é parte da Convenção da Apostila da Haia assinado no segundo semestre de 2015 e que entrou em vigor no ordenamento brasileiro em agosto de 2016, sendo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) responsável por coordenar e regulamentar a Convenção.

nulidades ou ineficácia do acordo de mediação nos termos da lei a qual as partes validamente se submeteram, ou, na ausência de sua indicação de acordo com a lei aplicável segundo as regras locais – a Convenção promove a autonomia da vontade, porque as partes podem, e devem escolher a lei. Importante que as partes não deixem de escolher a lei que vão reger as questões substanciais. No caso de ausência de escolha, será aplicada a lei do local da execução (no Brasil se aplicaria o artigo 9º, da LINDB); (c) o acordo de mediação não é vinculante ou final, ou foi posteriormente modificado; (d) as obrigações previstas no acordo forma cumpridas ou não estão claras ou compreensíveis; (e) a concessão de tutela para execução vai de encontro aos termos do acordo de mediação firmado.

Outras hipóteses de recusa são o fato de o mediador incorrer em séria violação dos padrões aplicáveis à atuação do mediador ou à mediação; houver falhar do mediador na divulgação para as partes de circunstâncias que provocariam dúvidas justificáveis quanto à sua imparcialidade; concessão de pedido que viola a ordem pública do Estado requerido e o objeto da controvérsia não poder ser submetido à mediação.

Com a internacionalização da Convenção de Singapura e da Convenção da Haia sobre Sentenças estrangeiras, sendo que esta última o Brasil ainda não assinou, o país passara a ter um sistema completo no seguinte sentido: uma segurança jurídica para aqueles que optarem pela mediação de ter o seu acordo reconhecido e para aqueles que optarem pela arbitragem ou pelo reconhecimento de sentença judicial, há também segurança e estabilidade que a sentença arbitral e sentença judicial serão reconhecidas. Assim, qualquer que seja o caminho que as partes optarem quando estão em litígio o nível de proteção para a execução passa a ser o mesmo.

5. PRAXIS BRASILEIRA

Com a pandemia da Covid-19 houve um aumento dos casos de empresas em recuperação judicial sendo que vários tribunais brasileiros, capitaneados pela iniciativa do Conselho Nacional de Justiça passaram a desenvolver projetos de mediação em âmbito comercial.

Na esfera institucional, a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Centro e da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Ciesp/Fiesp), observou um aumento de 486% neste ano em comparação a 2020. Foram iniciadas 41 negociações até setembro de 2021, que alcançam um valor de R\$ 171 milhões – 39 estão em andamento. No ano de 2020 iniciaram-se sete, que envolveram o valor de R\$ 86 milhões (BARCELO, 2021).

A maioria das disputas foram relacionadas a revisão e renegociação de cláusulas contratuais (quase 49%), de contratos de locação não residencial (36,5%) e conflitos societários. (BARCELO, 2021).

Na área empresarial, a mediação é muito indicada para empresas que buscam economia de tempo e dinheiro, e gera ganhos diretos e indiretos, pois além de perda de oportunidade a mediação também evita o rompimento das relações continuadas em atividades empresariais.

Em relação ao uso da mediação para solução de conflitos envolvendo questões de recuperação judicial, extrajudicial e falência vários tribunais brasileiros atuaram no fomento da utilização deste médio consensual. Como exemplo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro publicou em 23 de junho de 2020 o Ato Normativo n. 17 que implementou o Regime Especial de Tratamento de Conflitos relativos à renegociação prévia, à recuperação empresarial, judicial e extrajudicial e à falência das empresas atingidas pela pandemia do Covid-19, orientado pelas Recomendações 58/2019⁹ e 71/2020¹⁰ do Conselho Nacional de Justiça, e alteração da Lei n. 11.101/2000.

Algumas empresas participaram o regime especial de recuperação - RER, como a conhecida “*Editora Abril*” que buscou uma solução consensual, primordialmente mediação e conciliação, para os processos em trâmite no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Os resultados do RER promovido pelo TJRJ em parceria com a Fundação Getulio Vargas Mediação foram surpreendentes e positivos, sendo realizadas 52 sessões de facilitação. Foram encaminhados ao projeto 30 processos originários de Juizado Especial e 22 provenientes de vara Cível. Um percentual de 75% de participação de autor(es) e/ou seus advogados, e alcançado um percentual de acordos próximo de 76% (CURY; ANDRADE; AMORIM, 2021).

Conclui-se que uso da mediação na área comercial contribui para a manutenção das relações continuadas, reestabelecendo comunicações entre as partes envolvidas, que em âmbito empresarial é extremamente

9 Recomendação 58/2019-CNJ. Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação. (alterada pela recomendação 112/2021 – CNJ)

10 Recomendação 71/2020-CNJ. Dispõe sobre a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejusc Empresarial e fomenta o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial.

importante pois podem haver outros negócios entre elas que não aquele objeto do litígio; enfrentamento do conflito como forma de melhorar e preservar as relações; possibilidade de resultados vantajosos para ambas as partes (“ganha-ganha”); maior fluxo de informação, pois o mediador auxilia as partes e tem escuta ativa dos seus interesses para o esclarecimento da controvérsia; redução de custos e tempo na solução de disputa; prevenção de futuros conflitos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A execução no Brasil dos acordos internacionais celebrados em mediação garante a segurança jurídica na prática desse modelo consensual de solução de conflito, e seu constante desenvolvimento. A legislação brasileira em vigor possui um arcabouço normativo de forma a possibilitar a execução destes acordos, não só em âmbito comercial, como estabelece a Convenção de Singapura.

A Convenção de Singapura traduz a tentativa de harmonização da legislação internacional para facilitar a cooperação jurídica entre Estados nacionais e mais segurança jurídica nos acordos firmados em mediação internacional, com uma diminuição do tempo e do custo na resolução dos conflitos comerciais internacionais.

A atual legislação brasileira de Recuperação de Empresas e Falências certamente irá conceder maior segurança jurídica e previsibilidade aos investidores estrangeiros que venham atuar no território brasileiro, impulsionando o desenvolvimento nacional. Entretanto, a participação do Brasil na assinatura da Convenção traz maior segurança jurídica ao comércio internacional, já que se trata de um marco regulatório uniforme entre os países signatários, fortalecendo a mediação como um eficiente, eficaz e econômico método de resolução de disputas comerciais.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Juliana Loss. *Efeitos da assinatura da Convenção de Singapura pelo Brasil*. Justiça & Cidadania, edição 251, 5 jul. 2021. Disponível em: <<https://editorajc.com.br/efeitos-da-assinatura-da-convencao-de-singapura-pelo-brasil/>>. Acesso em 14 jul. 2021.

ARROYO, Diego F, *Desnacionalizando O Direito Internacional Privado – Um Direito com Múltiplos Julgadores e Implementadores*, Cadernos do Programa de

Pós - Graduação em Direito PPGDir/UFRGS, Porto Alegre, Vol. XV, n.1, 2020, p.39-62. p.46.

BANCO MUNDIAL. *Doing business 2020*. Disponível em: <<https://portugues.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/b/brazil/BRA.pdf>>. Acesso em 15 jul. 2021.

BARCELO, Joice. *Estudo traz diagnóstico sobre o sistema de insolvência no país*. Disponível em: < <https://valor.globo.com/legislacao/valor-juridico/post/2021/11/estudo-traz-diagnostico-sobre-sistema-de-insolvencia-nos-tribunais-do-pais.ghml>>. Acesso em 13 dez. 2021.

BARROS NETO, Geraldo Fonseca de. *Reforma da Lei de Recuperação Judicial e Falência: comentada e comparada*. Rio de Janeiro. Forense, 2021.

BRASIL. 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 13 jul. 2021.

BRASIL. Lei n. 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 13 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. <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: 20 de abril de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Curso de mediação. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/destaques/arquivo/2015/03/a801d32fa970c1b2a382e0ca346d03e0.pdf>>. Acesso em: 20 de abril de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf>. Acesso em 13 jul. 2021.

CURY, Cesar; ANDRADE, Juliana Loss; AMORIM, Aline Rocha Almeida. *Reestruturação de empresas via mediação da reorganização de passivo ao aprimoramento da imagem e das relações com clientes e parceiros empresariais*. Migalhas Consensuais. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-consensuais/356735/reestruturacao-de-empresas-via-mediacao-da-reorganizacao-de-passivo>>. Acesso em: 29 dez. 2021.

MACHADO, Paulo Fernando Pinheiro. *A Convenção de Singapura sobre mediação*. **Jota**, 11 jun. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-convencao-de-singapura-sobre-mediacao-11062021>>. Acesso em 15 jul. 2021.

MANUAL DE MEDIAÇÃO DO CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em 21 de janeiro de 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MAZZOLA, Marcelo. *Manual de Mediação e Arbitragem*, Saraivajur: São Paulo, 2019.

SALOMÃO, Luis Felipe. ROCHA, Caio. *Arbitragem e Mediação - a reforma da legislação brasileira*, São Paulo: Atlas, 2015.

Ordenações Filipinas, Livro 3º, Título 20, § 1º (Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>.

A INTERFERÊNCIA DO GOVERNO FEDERAL E DA CPI DA COVID-19 NA AUTONOMIA DOS ENTES FEDERADOS: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS DO PACTO FEDERATIVO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

MOTA, Maurício¹

PORTUGAL, Filipe Moreira²

GUIMARÃES, Felipe Liberal³

BRAGA JÚNIOR., Getúlio Nascimento⁴

1 Graduando em Direito pelo IBMEC, filipemp15@hotmail.com

2 Graduando em direito pelo IBMEC, liberalfelipe@gmail.com

3 Graduando em direito pelo IBMEC.

4 Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ – 2012); Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ – 2007); Graduando em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ – 2007). Graduando 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 Direito 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 Programa Institucional de Pesquisa e Produtividade da UNESA e Pesquisador orientador no Programa Institucional 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 Diretórios de Grupo de Pesquisa CNPq: Jurisdição, Constituição e Processo (UFF) e Justiça, poder e relações éticas na contemporaneidade (UNICEUMA).

RESUMO

Este artigo propõe uma prospecção ambientadora e elucidativa acerca da simetria e do equacionar na repartição de competências e na função das Instituições no ordenamento jurídico brasileiro. A dinâmica da Teoria Geral do Processo neste segmento. A abordagem tem a preocupação com as orientações que sustentam o Estado Democrático de Direito, mantendo em perspectiva a preservação do princípio dos freios e contrapesos entre os poderes da União e os Entes Federativos – no Brasil, envolvendo os também os municípios –, em suas respectivas competências. A pesquisa se fez, notadamente, em virtude das ações em circunstâncias de ordem pública e social mais sensíveis. Nestes, naturalmente incluídos a saúde pública, que em ambiente de um desafio mundial, pandêmica, demandou respostas do Estado através de seus poderes. Seja pelo chefe do poder executivo, pelos Chefes das Casas do Legislativo, pelos membros do parlamento, ou por suas Comissões, incluindo CPI's, como a da Covid, é possível ver a necessidade de compreender, mais tecnicamente, alternâncias e transições de medidas em um cenário de reações ao grande desafio imposto em compromisso com a vida humana, fragilizada pela letalidade viral. Para tal, uma vez disposto, é apresentada qual a atribuição, abrangência e os limites de atuação do chefe do executivo e dos outros poderes. O Estudo é realizado com o apoio de literatura geral e jurídica, utilizando o método de revisão dos textos e de sua confrontação com as interrogações fáticas e urgência e assertividade no enfrentamento da questão.

Palavras-chave: Pandemia; Comissão Parlamentar de Inquérito; Autonomia Federativa; Separação dos Poderes; Repartição de Competências.

1. INTRODUÇÃO

A incursão textual a seguir, compreende uma abordagem dialética, ponderada e atenta, tanto à objetividade como à simetria da ação e comunicação entre os poderes. O estudo compõe-se, em especial, da atenção a decisões da chefia do poder executivo, na pessoa do Presidente da República, do Poder Legislativo, notadamente, da Comissão Parlamentar de Inquérito, instituída e constituída, à época dos acontecimentos, pelos Senadores da República. E, por inevitável, no arco de relações, um diálogo também se constrói com o todo de cada poder, enquanto instituições jurídicas e democráticas, do Estado de Direito. Nesta dinâmica, é preciso, naturalmente considerar tal atuação de poderes em níveis, federal, estadual e, no caso brasileiro, também na autonomia municipal, na medida em que, cada um destes entes federativos possuem a própria Constituição Estadual ou Lei Orgânica Municipal, com a instituição de seus poderes e representantes democraticamente, eleitos, compreendendo ainda, no caso dos Estados, um Poder Judiciário, também próprio. Quanto aos municípios, em tempo, relembrar que somente possuem legislativo e executivo, autônomos.

A Constituição Federal de 1988 consigna em seus Princípios Fundamentais – Título I – a referência doutrinária e histórica ao princípio da separação dos poderes, propondo, dentro da harmonia e da independência que cada um deve guardar. Importa compreender que a consagração deste binômio de complexa composição é precisamente para saúde institucional da cada um, para que a mutualidade fiscalizatória seja com liberdade, mas também com cordialidade, por compreender a imprescindibilidade de cada um para um Estado de Direito, para lembrar que os poderes não estão mais concentrados nas mãos de um rei ou de um executivo autocrático, ou de uma concentração ditatorial unilateral, na qual não há presença de discussão temporal e aberta que conduza a elaboração da lei como condensação da pluralidade social e existencial da sociedade civil e da comunidade humana como um todo, quando, por exemplo, as questões da vida em sociedade internalizam problemas humanos e não apenas os segmentados em grupos, camadas, estratos, classes, que também possuem lugar, contudo, em requerido prumo de convivência se, integrado ao um Estado Democrático de Direito. Para tanto, o sistema de *checks and balances*, ou de freios e contrapesos, propõe que atuem em cooperação, mesmo quando divergindo ou fiscalizando-se, mutuamente, pelo compromisso com as atribuições institucionais, ou funções típicas e atípicas, simultaneamente, como instituições complementares, no sentido

cooperativo para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, orientado pelo diálogo, uma vez vencido, todo histórico de beligerância e de uso de força física, para o estabelecimento da coerência e conciliação das discussões havidas na esfera pública, para o aperfeiçoamento conjunto da sociedade civil.

Além disso, o princípio da autonomia federativa dos estados-membros que possui status de Cláusula Pétrea determina as repartições de competências entre as entidades federadas. Essas relações são representadas pela autonomia e controle dos poderes e pressupõe o estabelecimento de garantias destinadas à manutenção permanente do equilíbrio entre os órgãos de soberania do Estado Brasileiro.

No contexto da pandemia de Covid-19, uma emergência de saúde pública de importância internacional, o artigo propõe examinar objetivamente as normas adotadas pelo Presidente da República que buscam a flexibilização sem precedentes das medidas de restrição nos Estados estados-membros, usurpando a competência dos estados de tomar medidas com o objetivo de conter a pandemia do coronavírus.

Em sequência, discute-se as atribuições de competência fiscalizatória do Poder Legislativo federal e os limites da Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar atos cometidos pelos chefes do Poder Executivo, já que possuem prerrogativas institucionais assecuratórias de sua autonomia e independência perante os demais Poderes.

Assim sendo, o presente trabalho buscou demonstrar as consequências de uma tensão entre os poderes e a relação entre os Estados avaliando a competência do Supremo Tribunal Federal nessa relação enquanto última voz sobre o texto constitucional haja vista, os mecanismos de discussão por meio das ações de constitucionalidade que nos casos citados acima, tiveram a decisão a Corte referendada na ADPF 6727 em que o Supremo Tribunal Federal atuou como mantenedor da autonomia entre os poderes e garantidor dos preceitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna de 1988, mantendo o “status quo” do Estado democrático de direito e atribuindo o funcionamento correto das Instituições.

2. CONSISTÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO

2.1. ACERCA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

De acordo com o art. 2º da Constituição Federal Brasileira de 1988⁵, os Poderes da União (Judiciário, Executivo e Legislativo) são independentes e harmônicos entre si. Dessa forma, cada um possui funções típicas a serem seguidas normativamente. Sob essa premissa, cumpre entender que tal metodologia foi desenvolvida ao lado de uma teoria anglo-saxã chamada “*check and balances*”, isto é, teoria dos “freios e contrapesos” (BARBOSA, SARACHO, 2018), que tem como escopo a possibilidade de um poder fiscalizar o outro.

Nesse aspecto, tal teoria permite que os poderes exerçam funções atípicas além das já usuais, pressupondo então a existência de mecanismos de controle externo. Sob essa perspectiva, cumpre entender que esta ideia serve como um dos principais exemplos de controle de administração.

Valem citar como alguns exemplos: a atividade de fiscalização contábil e orçamentária que o Poder Legislativo faz sobre o Poder Executivo, o poder de veto que o Executivo possui sobre projetos de iniciativa dos deputados e senadores e o direito do Presidente da República nomear os ministros dos tribunais superiores (dependente do controle do Senado Federal que deve aprovar a indicação).

No entanto, ao caso que está sendo apresentado como foco do artigo, é de suma importância enfatizar uma atividade que visa contrabalançar excessos de um Poder para um outro. Trata-se das Comissões Parlamentares de Inquérito, que, resumidamente, são investigações conduzidas pelo Poder Legislativo, que transformam a própria casa parlamentar em comissão para ouvir depoimentos e tomar informações diretamente, e assim, exercer sua função fiscalizadora sobre a administração pública.

2.2. A COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO

As CPIs são comissões temporárias que têm como objetivo investigar um fato determinado de interesse público. Suas composições reguladoras encontram-se no Art. 58 da Constituição¹⁰, em diversos artigos do Regimento Interno das Casas Legislativas e até mesmo em novas leis, como exemplos as Leis nº 1.579/1952, 10.001/2000 e 10.679/2003.

5 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Sua vocação pode ser demandada pela Câmara de Deputados, pelo Senado Federal ou por ambas juntamente, basta 1/3 dos membros propor a ação. Assim que enumerada e publicada pelo Presidente da casa solicitante, serão designados os membros pelas lideranças de cada partido. Logo após, a composição será divulgada em plenário e a instalação da CPI será efetivada.

Assim que estiver em fase de execução, será eleita uma mesa diretora responsável por reger a sessão, tendo um presidente e vice-presidente, escolhidos pelos membros por voto direto e secreto da maioria.

Ademais, o presidente eleito terá obrigação de designar um relator para CPI suscitada. Além disso, seu prazo de duração é geralmente determinado no requerimento de criação, podendo variar de acordo com o fato determinado (alguns sendo mais complexos para produção de provas do que outros) e podendo haver prorrogações.

Por fim, assim que executada a CPI, o Presidente apresentará um relatório final, sendo necessário o voto da maioria dos membros para ser aprovada, e posteriormente, tomadas as devidas medidas pelo Plenário. Por conseguinte, o relatório será enviado ao Ministério Público Federal, que será responsável pelo indiciamento dos infratores acusados na Comissão.

2.3. A AUTONOMIA FEDERATIVA DOS ESTADOS MEMBROS

Discute-se bastante acerca de qual pessoa tem competência legislativa de determinadas matérias, seriam os Estados-membros ou a União?

À luz do que compete constitucionalmente, os entes federados têm autonomia política e administrativa, sendo assim, a União não pode definir estruturas sobre estes estados, salvo em disposições legais explícitas na Carta Magna.

Quando houver lacuna legal acerca das matérias que digam a respeito da estrutura relativa à administração ou questões subjetivas, é competência de cada ente federativo legislar e proceder com sua gestão, incluindo o controle dos recursos públicos sob olhar de especificidades regulamentadoras.

Cumprir enfatizar o poder concedido aos estados federados no art. 25, §1º da CF/88⁶, que reserva competências a eles que não sejam vedadas na Constituição. Dessa maneira, é evidente que o ordenamento jurídico propõe expressamente autonomia às unidades federativas, gerando liberdade e responsabilidades.

6 § 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição...

Ainda, o art. 18⁷ impõe que os municípios também sejam entes, originando também uma maior independência política e administrativa.

Cabe salientar que há matérias de competência concorrente, isto é, compete à União criar as normas genéricas e aos estados-membros legislar as normas específicas.

3. CONTEXTO DA PANDEMIA E MEDIDAS TOMADAS PELOS PODERES

A disseminação do novo coronavírus, chamado SARS-CoV-2, interrompeu as atividades diárias das pessoas devido à necessidade de distanciamento social para impedir a propagação da doença, que em pouco tempo, sua transmissão se expandiu para 190 países, incluindo o Brasil. Os principais sinais e sintomas causados pelo vírus incluem febre, tosse e dificuldade para respirar. Sintomas gastrointestinais como diarreia, vômito e dor abdominal também foram relatados com COVID-19, assim como infecção por outros vírus. A Transmissão da doença geralmente ocorre por via aérea ou contato direto com pessoas, e ocorre por meio de saliva, espirros, tosse e secreções que podem contaminar mãos e superfícies (OLIVEIRA, ABRANCHES, LANA, 2020). Tal pandemia fez com que todo o mundo parasse para amobiliação desta doença, fazendo com que chefes de países e até grandes organizações discutissem e tomassem medidas preventivas e restritivas para seu enfretamento. Sob essa premissa, serão apresentadas as ações que foram tomadas pelos órgãos públicos no Brasil para o confronto da pandemia, em foco os posicionamentos do presidente e de outros chefes executivos e até mesmo de outros poderes.

3.1. ANÁLISE DAS DECISÕES DO PRESIDENTE

Desde o início do ano de 2020, quando o coronavírus, era desconhecido pela comunidade internacional e começava a se alastrar pelo mundo, o presidente Jair Messias Bolsonaro tem divulgado informações controversas a respeito dos impactos e procedimentos a serem tomados da pandemia, que já deixou aproximadamente 627.000 (seiscentos e vinte e sete mil) mortos no Brasil.

Tais posicionamentos por parte do presidente geraram questionamentos acerca de suas atitudes na maior crise sanitária global do

7 A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

século XXI. Com somente quatro meses de pandemia, o Brasil já havia ultrapassado a expressiva marca de 72.000 (setenta e dois mil) mortos decorrentes do vírus. Em um de seus primeiros comentários acerca da Covid 19, o presidente afirmou que no seu entender a imprensa estaria superdimensionado o poder destruidor do vírus. Logo após, mais de vinte autoridades haviam sido infectadas na cúpula do Governo.

Algum tempo depois, quando o país já registrava mais de 10 mortes pelo vírus, o presidente voltou a ser manchete quando criticou o fechamento de escolas e comércios, comparando o coronavírus a uma “gripezinha” ou “resfriadinho”, dizendo que, se fosse contaminado, pelo vírus não sofreria: “Pelo meu histórico de atleta, caso fosse contaminado pelo vírus, não precisaria me preocupar, nada sentiria ou seria acometido, quando muito, de uma gripezinha ou resfriadinho, como bem disse aquele conhecido médico, daquela conhecida televisão” (BBC, 2020).¹⁸

Vale destacar que o presidente geriu o Ministério da Saúde com mãos de ferro, nomeando o quarto ministro da pasta em menos de 2 anos, não aceitando posicionamentos divergentes de seu eleitorado, nem dos próprios ministros que se viram obrigados a acatar as decisões do presidente ou pedir exoneração do cargo. Um desses posicionamentos seria quanto ao tratamento precoce da covid-19, tendo o ministério inclusive aberto uma consulta pública sobre o tratamento precoce, que o presidente abertamente propagandeou como solução para a pandemia tendo comprado milhares de doses deste medicamento chamado de “tratamento precoce”, que inclusive o presidente após se sentir mal fez uso sem prescrição médica e recomendou: “Qual é o problema? Vai esperar sentir falta de ar para ir ao hospital? Vai ser intubado.”

Em uma de suas tradicionais “lives” de quinta feira, Bolsonaro desferiu ofensas contra o Governador de São Paulo João Doria e a vacina CoronaVac, da empresa Sinovac e que foi elaborada no Brasil pelo Instituto Butantan. Vale pontuar que foi com a CoronaVac que se iniciou a imunização no Brasil: “Querido governador de São Paulo, você sabe que sou apaixonado por você... fica difícil, né? E outra coisa: ninguém vai tomar sua vacina na marra, não, tá ok? Eu, quesou governo – o dinheiro não é meu, é do povo –, não vai comprar sua vacina não, tá ok? Procura outro pra pagar tua vacina aí!”

Diante do cenário apresentado, diversos partidos políticos decidiram ingressar com ações junto ao STF19 para garantir a autonomia de Estado e Municípios para a tomada de medidas contra o coronavírus. A

Corte acolheu por unanimidade, ação apresentada de PDT contra vários dispositivos da Medida Provisória 926 de 2020 que havia atribuído ao Governo Federal a centralização das prerrogativas de isolamento e atividades essenciais durante a pandemia. Na semana seguinte, o presidente que havia decretado em decorrência da pandemia uma Medida Provisória (nº 928/2020) que suspendia o acesso a informações públicas enquanto perdurasse o estado de calamidade, tal medida provisória foi suspensa pelo ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal.

Bolsonaro propôs o fim da quarentena como forma de poupar a economia e os empregos, assinando a MP 1.045 que permite a redução de jornada e salário e a suspensão do contrato de trabalho por até quatro meses. Outra polêmica acerca das decisões do presidente foi acerca do projeto de lei sancionado com ressalvas, da Lei 1.142/2020, que reconhece os povos indígenas e quilombolas e demais povos tradicionais como grupos de vulnerabilidade durante a pandemia de covid-19. Ocorre que Bolsonaro vetou partes do texto que garantiam acesso a água potável, cestas básicas e limpeza das aldeias para contenção do vírus.

No início do ano 2022 o presidente levantou suspeitas infundadas sobre a vacinação de crianças contra a covid-19 e atacou a Anvisa, após o Ministério da Saúde incluir a faixa etária de 5 a 11 anos na campanha nacional de imunização contra o coronavírus. Afirmou que não conhece crianças que morreram de covid-19, apesar dos dados que mostram que secretarias estaduais de Saúde relatam que 311 brasileiros entre 5 e 11 anos faleceram da doença no país do início da pandemia até 5 de janeiro de 2022, sendo uma criança morta a cada dois dias.

3.2. ANÁLISE DAS DECISÕES DOS ESTADOS MEMBROS

Após a decisão do STF que confirmou competência concorrente de Estados, Distrito Federal, Municípios e União em ações para combater pandemia da covid-19. Governadores e prefeitos ficaram livres para estabelecer medidas como o isolamento social e o fechamento do comércio. A maioria dos ministros reconheceram também que a União pode legislar sobre o tema, mas garantindo a autonomia dos demais entes federativos (PINHEIRO, 2020).²²

Tal decisão do Supremo Tribunal Federal teve origem na Ação Direta de Inconstitucionalidade, de autoria do PDT, em relação à Medida Provisória 926 de 2020, que já foi pontuada anteriormente neste artigo. O entendimento do STF é que a União pode legislar sobre o tema, mas essa

competência deve sempre resguardar a autonomia dos demais entes federados para que desta forma não seja afrontado o princípio da separação dos poderes. O líder do PDT disse que foi uma vitória dos entes federados, que precisam ter segurança jurídica para tomar as providências necessárias ao combate à pandemia. A Constituição é clara nos artigos 21⁸, 23⁹ e 30¹⁰ ao permitir que União, Estados e Municípios tratem de forma conjunta de assuntos relacionados à saúde pública e, numa situação grave como essa, é preciso que todos se mobilizem.

O assunto foi suscitado na Suprema Corte depois que o PDT questionou a validade da Medida Provisória 926/2020, editada pelo presidente Jair Bolsonaro, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.341. Entre outras medidas, a MP restringe a liberdade de prefeitos e governadores na tomada de ações contra a pandemia.

Vale lembrar acerca de três pontos principais para solucionar eventuais conflitos de competência entre os entes federativos. O primeiro é que não existe hierarquia nas competências federativas. Cada ente tem autonomia dentro da sua esfera de atuação. O segundo ponto é que havendo omissão por parte da União, os Estados podem regulamentar a matéria, cabendo a atuação suplementar dos Municípios, salvo nos casos em que o interesse for exclusivamente local, o que indica a prioridade da deliberação municipal. O terceiro e último ponto: se o Poder Executivo Federal ou mesmo o presidente da República tomar decisões manifestamente incompatíveis com as orientações científicas e as políticas internacionalmente referendadas, é possível que os estados-membros, Distrito Federal e municípios exerçam o direito de resistência federativa.

Vale salientar que o modelo federativo é a forma de Estado que comporta verdadeiramente a descentralização política, sendo atribuídos poder e capacidade política aos entes integrantes do sistema, com reserva de autonomia, enquanto a soberania é única.

O Estado de São Paulo, o maior do país saiu na vanguarda, com um plano de retomada consciente dividindo a região em 17 Departamentos Regionais de Saúde, que estão categorizados segundo uma escala de cinco níveis de abertura econômica. Cada região poderá reabrir determinados setores de acordo com a fase em que se encontra. As regras são:

8 Art. 21 Compete à União: ...

9 Art. 23 É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:...

10 Art. 30. Compete aos Municípios:...

média da taxa de ocupação de leitos de UTI exclusivas para pacientes com coronavírus, número de novas internações no mesmo período e o número de óbitos. Tal plano dá autonomia para que prefeitos aumentem as restrições de acordo com os limites estabelecidos pelo Estado.

O Estado de Minas Gerais também criou um plano de retomada apelidado de minas consciente, valendo ressaltar que os prefeitos não seriam obrigados a aderir ao plano, servindo somente como forma de orientação e auxílio na tomada de decisões conjuntas. O Minas Consciente foi baseado nas informações fornecidas por diversas instituições e entidades de classe, com objetivo de auxiliar os 853 municípios do estado para que possam agir de maneira correta e responsável, mantendo os bons resultados apresentados por Minas Gerais na contenção da pandemia do novo coronavírus. Apenas na chamada onda roxa os prefeitos são obrigados a seguir as recomendações do plano devido ao alto índice de transmissibilidade do vírus. Conforme Deliberação n.º 130, de 3 de março de 2021, do Comitê Extraordinário Covid - 19, durante a vigência da Onda Roxa, somente poderão funcionar atividades e serviços essenciais, e seus respectivos sistemas logísticos de operações e cadeias de insumo, abastecimento e fornecimento.

O Estado da Bahia realizou o Decreto Governamental n.º 19.732, de 29 de maio de 2020, que por meio de um Grupo de Trabalho para Estudos de Retomada Econômica Pós-Pandemia, com objetivo de discutir e propor medidas para a retomada e aceleração do emprego e da renda, após e durante a pandemia do Coronavírus.

O Estado do Amazonas apresentou o plano de retomada que contempla quatro ciclos e estabelece regras que deverão ser seguidas pelos setores público e privado incluindo distanciamento, higiene pessoal, sanitização de ambientes, comunicação e monitoramento. O avanço para cada etapa do ciclo dependerá da curva de casos de covid19 na capital.

O novo modelo de monitoramento da pandemia no Rio Grande do Sul, que antes era classificado por bandeiras, atualmente conta com um sistema de emissão de avisos, alertas e planos de ação para os municípios, observando suas particularidades. O sistema chamado de 3As (Aviso, Alerta, Ação) as regiões serão monitoradas pelo Comitê de Dados do governo estadual. Diariamente, o governo publicará boletins com as informações e as notificações necessárias para cada município.

Quanto ao Estado do Rio de Janeiro, o plano de retomada possui 6 fases, seguindo as regras de ouro. O município do Rio de Janeiro

desenvolve um plano de ação nomeado “Rio de Novo” desenvolvido por profissionais que, após estudos técnico- científicos, elaboram um programa de retomada lenta, gradual e responsável das atividades econômicas no município. Sendo elaborado com o intuito de viabilizar e acompanhar o retorno das atividades econômicas na capital fluminense e seus respectivos efeitos sobre a curva de achatamento dos casos do novo coronavírus sobre a população.

3.3. CONFLITOS ENTRE O GOVERNO FEDERAL E ESTADOS FEDERADOS

Além da crise sanitária instalada no país, também houve instabilidade entre as instituições, por meio de decisões conflitantes entre o governo federal e os entes federados. Muitos atores estatais se sobrepuseram uns aos outros ao produzirem normas discordantes para traçar uma estratégia resolutiva do problema. A abundância normativa praticada nos anos de 2020 e 2021, representou a atividade desmedida dos entes políticos na busca pela notoriedade diante do estado de calamidade em que se encontrava o país.

Conforme citado acima, enquanto alguns agentes adotavam estratégias de combate ao vírus, conforme as recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS), o Governo Federal conduzia um embate com os governadores e prefeitos. Por mais que houvesse tentativas de resistência dos demais poderes, dos entes federativos e da sociedade, diversas declarações foram dadas para menosprezar as medidas sanitárias que impediam a propagação do vírus.

O Sistema Único de Saúde, deveria ter sido utilizado para coordenar os Estados e efetuar a compra de vacinas com celeridade, entretanto foi observado mais uma vez que não houve cooperação entre os agentes políticos, nesse sentido, a ausência de gestão da União tornou a compra da vacina mais um debate político, negligenciando a proteção da saúde coletiva dos brasileiros.

Importante ressaltar que essas relações conflituosas são representadas em desconformidade com a previsão expressa do artigo 60, parágrafo 4^o¹¹ da Constituição Federal e evidenciam a falta do federalismo cooperativo, já que “os entes federativos dependem sempre uns dos outros e, por isso, devem cooperar, tratando-se como parceiros” (ZIPPELIUS, 1997).

11 § 4º. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais

Ou seja, a autonomia federativa pressupõe o estabelecimento de garantias destinadas à manutenção permanente do equilíbrio entre os órgãos de soberania do Estado Brasileiro.

Assim, o federalismo ficou prejudicado, pois os atores políticos não chegaram a um consenso e emitiram declarações contraditórias, capazes de confundir a população. Outrossim, posteriormente O Senado Federal tratou o tema que esteve em voga no contexto da pandemia e deu início a uma série de investigações, autorizando inclusive a abertura de uma CPI com discussão sobre a compra de vacinas e atos de negligência do Governo Federal.

4. CPI DA COVID -19 (BREVE EXPOSIÇÃO DO QUE OCORREU)

Como já comentado, a CPI concebida para investigar determinados fatos do executivo, funciona por prazo certo. Sob essa perspectiva, é exercício do Poder Legislativo fiscalizar as práticas Poder Público, valendo de suas funções semelhante aos das autoridades judiciais, tornando sua atuação mais eficaz.

Por conta do agravamento da pandemia, que gerou um colapso no sistema de saúde brasileiro e acarretou milhares de mortos, sobretudo no Estado do Amazonas, a CPI foi instituída para investigar ações relacionadas com a omissão e as ações do Governo Federal além de possíveis desvios de recursos públicos federais que seriam utilizados no combate à pandemia.

O principal objetivo desta CPI era apurar se as autoridades de saúde agiram ou não com o devido cuidado e antecedência necessária, se deixaram ou não de realizar planos de contingência de forma planejada a fim de não propagar o vírus conforme determinavam os estudos científicos que indicavam a gravidade cada vez maior da crise sanitária instaurada no Brasil. A ineficiência do Governo Federal na articulação da situação ocorrida no Amazonas foi uma das mais graves, houve mortes demasiadas por asfixia por conta da falta de respiradores e tubos de oxigênio.

Uma das maiores polêmicas entre os senadores da CPI era o chamado caso da Prevent Sênior que indicou que a empresa realizou “estudo” e experimentos com seres humanos feitos sem autorização, conforme constam no Código de Nuremberg de 1947 o qual o Brasil é signatário e que explicita que é necessário consentimento voluntário do ser humano, devendo a pessoa ser legalmente capaz de dar o consentimento e exercer

seu livre direito de escolha sem fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição de poder.

4.1 CONCLUSÃO DA INVESTIGAÇÃO

A CPI escancarou a problemática das fake news em uma situação de calamidade na saúde pública. Muitas postagens em redes sociais constavam informações inverídicas acerca da forma de lidar com a pandemia e principalmente ao tratamento precoce e a tratamentos comprovadamente ineficazes por dados científicos. Ademais, ficou evidenciado após perícias o uso de máquinas para simular o comportamento de pessoas reais para engajar os conteúdos publicados nas redes sociais.

No âmbito da criminalização das condutas criminais, a CPI propôs a tipificação do crime de extermínio, já estabelecido por meio do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e sendo semelhante a tipificação do genocídio, já previsto na Lei 2.889, de 1956 porém com um sentido abstrato, não determinado de vítimas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, para evitar o colapso no sistema federativo brasileiro, o poder judiciário foi acionado constantemente e emitiu pareceres decisórios capazes de apaziguar conflitos. Nesta senda, podemos citar a decisão dada nas ADPF 672.

O STF, atuando como guardião da Constituição direcionou seu foco para inibir qualquer tentativa de ruptura dos poderes constitucionais e da democracia no país, absorvendo a necessidade de decidir sobre colisões de direitos fundamentais advindas com a pandemia da Covid-19.

Desta forma, conclui-se que a atuação dos governadores, da CPI da Covid-19 e dos Ministros do STF foram fundamentais para conter excessos do Presidente da República e diminuir as tentativas de sobreposição do executivo sobre outros poderes. Assim, além de amenizar os efeitos da crise sanitária vivida pelos brasileiros, ficou garantida harmonia institucional no ordenamento jurídico brasileiro.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Oriana Piske de A. SARACHO, Antonio Benites. *Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)*. Disponível em: <https://>

www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske. Acesso em: 15 mai. 2021.

BBC. *Relembre as frases de Bolsonaro sobre a covid-19*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53327880>. Acesso em: 3 jul. 2021.

CARVALHO, Raquel, Autonomia política dos entes federados, <http://raquelcarvalho.com.br/2019/02/26/autonomia=-politica-dos-entes-federados/#:~:text=Nesse%20cerne%20organizat%C3%B3rio%2C%20situa%2Dse,a%20edi%C3%A7%C3%A3o%20de%20normas%20pr%C3%B3rias.> , 2019

DESCONHECIDO, Autor. Site Poder 360 https://static.poder360.com.br/2021/10/Relatorio_CPI-da-Covid-19.out_.2021.pdf, 2021

DESCONHECIDO, Autor. Redação Migalhas, <https://www.migalhas.com.br/quentes/343656/stf-confirma-instalacao-da-cpi-da-covid>, 2021.

DESCONHECIDO, Autor. Resumo Funções típicas e atípicas de Poderes. <https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/27/Funcoes-tipicas-e-atipicas-dos-Poderes>, 2007.

MADRIGAL, ALEX, Artigo no Jusbrasil, A importância dos poderes da União, serem independentes e harmônicos, <https://alexismadrigal.jusbrasil.com.br/artigos/439824800/a-importancia-dos-poderes-da-uniao-serem-independentes-e-harmonicos> , 2017.

OLIVEIRA, Tatiana Coura; ABRANCHES, Monise Viana; LANA, Raquel Martins. (In)Segurança alimentar no contexto da pandemia por SARS-CoV-2. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 36, p. e00055220, 2020.

PINHEIRO, Regina. *STF reconhece competência de estados e municípios em regras de isolamento*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2020/04/16/stf-reconhece-competencia-concorrente-de-estados-df-municipios-e-uniao-no-combate-a-covid-19>. Acesso em: 21 jun. 2021.

PRUDENCIANO, Gregory e LARA, Rafaela, São Paulo, CNN, 2021 <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/senado-instala-cpi-da-covid-para-apurar-acoes-e-omissoes-na-pandemia/>.

SENADO FEDERAL, site do Senado - CPI: O que é e como funciona uma comissão parlamentar de inquérito, <https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/releases/comissao-parlamentar-de-inquerito-o-que-e-e-como-funciona> , Brasília, 2021.

SENADO FEDERAL. Site do Senado – Regimento Interno, <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4> , Brasília, 1970

TARSIS, Jorge, site migalhas <https://www.migalhas.com.br/depeso/343996/quanto-tempo-pode-durar-uma-cpi>, 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Brasil confirma primeiro caso da doença. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus> Acesso em: 05 ago. 2020.

STF, Barroso determina que governo federal adote medidas para conter avanço da covid-19 entre indígenas, <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?i-dConteudo=447103i=1>

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do Estado. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LINGUAGEM TÉCNICO-JURÍDICA PROCESSUAL E OS DESAFIOS DO ACESSO À JUSTIÇA

FARIAS, Natália Vasconcellos de Oliveira¹
BRAGA JÚNIOR, Getúlio Nascimento²

- 1 Graduada do Curso de Direito (IBMEC/RJ). Integrante do Grupo de Pesquisa SO-CEDIR/CNPq. navasconcellos@icloud.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). Contatável pelo e-mail ge.bragajunior@gmail.com.

RESUMO

Este artigo propõe uma reflexão crítica sobre a composição da linguagem jurídica, no hiato que pode ensejar imprecisões no acesso à justiça, na medida em que deve compreender o acesso à justiça como um de seus parâmetros fundamentais. Naturalmente, que a discussão desenvolvida, não prescinde da realidade de que a reserva técnica permanece no arco de cognição do profissional, do estudioso, e não da sociedade como um todo. A proposta crítica tem por preocupação, a clareza na disponibilidade de informações que a própria publicidade processual já garante. Nesta trama de construção, a interlocução com a isonomia, se mostra, também, oportuna. Por inofensiva que pareça, a crítica, não se estranha com as mudanças processuais, o que leva, portanto, à noção de um processo mais claro, dinâmico e acessível – nos termos mais amplos da expressão *Acesso à Justiça*. Para a investigação sobre o tema, o pequeno estudo lançou mão do método da revisão de literatura geral e jurídica, na medida em que perspectivas históricas, filosóficas e antropológicas, também informam acerca das fragilidades e das bases de sustentação do sistema processual brasileiro.

Palavras-chave: Tutela Jurisdicional, linguagem; linguagem jurídica; Processo e Democracia; Isonomia Material.

1. INTRODUÇÃO

A construção fática da compreensão da justiça é uma dos mais caros desafios e estruturas do Direito. Se o Direito é sinônimo de justiça ou não, é uma discussão que se torna mais conceitual do que propriamente vivida no cotidiano. É uma reflexão, sem dúvida, muito fundamental, mas um certo paralelismo fático precisa coexistir a esta inquietação, porque aflição emergente se coloca à sociedade, enquanto em termo jurisdicional, tutelada. Daí todo desenvolvimento desta reflexão, na qual, o Acesso à Justiça é uma preocupação tão efetiva, quanto é a do próprio Processo enquanto ramo do Direito que intenciona levar à vida procedimento judicial o Direito e, que este último, está destinado ou guarda uma relação de outra ordem, mas sempre, com o sujeito. Com efeito, a preocupação de que a este sujeito, seja justo, entender, o arco da dinâmica processual, a tutela jurisdicional do Estado, que se Democrático de Direito, reafirma-se neste compromisso, quando da relação permanente com a sociedade civil que compõe equacionada entre a manutenção dos direitos e a reparação deles, dos direitos, quando feridos. Em passo continuado a este acesso é, portanto, em certo saber, que a linguagem em sentido amplo e a linguagem jurídica, são requeridas por sua instrumentalização e efetividade, geral e técnica.

Mesmo as complexas teorias acerca da linguagem apontam para uma necessária composição que a coloca entre os sujeitos como ponto de toque ou de possibilidade de realização, de trânsito de uma subjetividade ou de um sujeito a outro, porque trata de abordagem que tem dimensão relacional, a despeito das incursões sistêmicas e conceituais das estruturas dos objetos de que trata, isto é, de um instituto jurídico, por exemplo, que pode ser compreendido a partir de um olhar puramente conceitual ou fático pela experiência aperfeiçoada. É, nesta construção, que vemos outra se erguendo, qual seja, a relação entre Processo e Democracia, por uma medida em que há um pleito pelo estabelecimento de uma clareza necessária na relação entre sistemas, instituições, atores e poderes envolvidos em uma relação ou lide jurídica, havidas no seio de uma sociedade igualmente democrática de direito como é o Estado. Toda exposição até aqui – e possivelmente por toda extensão desta reflexão – será tramada na estruturação dos Direitos Fundamentais. Por tratar-se de correlações ou fundamentações que são tecidas de modo a respeitar a pessoa humana, renova-se a sobredita construção, no curso das ações, pautando também, a isonomia material em sua presença instituidora das relações, para promover a eficácias dos referidos Direitos Fundamentais.

Um esclarecimento é necessário e de suma importância, ao realizar uma abordagem sobre o tema, o de que ele deve, nos termos acima pronunciados, contemplar a responsabilidade de que a preservação do refino e da propriedade da linguagem jurídica designam uma identidade e um caráter que não podem ser adulterados sob pena de, inadvertidamente, perverter ou até deformar a compreensão dos institutos jurídicos. É importante que haja atenção para esse cuidado crítico, na medida que se possa proceder, com responsabilidade, a divisa entre a sofisticação puramente estilística da linguagem jurídica e a complexidade própria dos institutos, cuja decifração respeite a profunda riqueza de conteúdo de suas construções que, admite, sim, depuração e clareza, mas não prescinde de um trabalho árduo. Com efeito, permanece o depuro e a profundidade, mas também o acesso, a clareza e a urbanidade do se fazer efetivamente acessível.

A preocupação conciliatória acima exposta, compreende o objeto desta abordagem, porque, o Acesso à Justiça, sobretudo como princípio, enseja o alcance do indivíduo à tutela jurisdicional, mas também da compreensão dessa dinâmica ao jurisdicionado. Naturalmente, que a proposta não seria a de diplomar a sociedade no estudo do Direito, mas promover, uma aproximação importante com o aproveitamento de ambientar o jurisdicionado e a sociedade civil no cenário fortemente judicializado do Brasil de hoje, considerando que dinâmica processual, sem este expediente, pode não se configurar de modo tão efetivo, nos termos de uma proposta de acesso e democratização da justiça.

Em vias espontaneamente pavimentadas pela engenharia jurídica, tem-se, que o procurador, o postulante, representante para o foro em geral é aquele que já dispõe da formação técnica e, também do vocabulário requerido para o atuar em juízo. E, tanto essa tarefa como seu registro preservam tal manutenção indivisa. Em tempo, vale lembrar que, mesmo a procuração pode não conter o transigir e dar quitação, como atos do procurador, necessariamente e, que para isso, importante se faz que o autor seja ambientado, não só pelo filtro esclarecedor do seu representante, mas também pela progressiva aproximação dos institutos e da dinâmica do processo. Este novo nível, não só encampa a justiça em novos horizontes de eficiência e celeridade, mas aprofunda e faz mais justiça para o autor e seu procurador em juízo, porque este último pode ir mais à frente ou recuar, por já se anteciparem claros os termos, as possibilidades, as discussões que não estão em plano técnico-jurídico, ou que são próprios da cadeira do Direito, ou ainda das referidas a uma instituição presente

na tutela ou na lide. Assim, o não ser o único a transigir, leva a efeito o conhecer e participar do autor, do sujeito, do jurisdicionado, do tutelado que interage e integra o processo, efetivamente, para que a justiça se dinamize ainda mais inteiramente.

Compreender o caminho da justiça é também compreender o itinerário do Princípio da Publicidade Processual, desde seus marcos iniciais até seus compostos finais de execução, sem prescindir do cautelar e do interlocutório. O apareço excessivo por elevar o debate jurídico, pode ensejar equívocos, precisamente, de linguagem, e conduzir, rebuscar, elitizar a linguagem jurídica e processual em um ponto, que se pode manter cativo do próprio jogo da linguagem, em que o que é permitido, somente será o que a linguagem contemplar e que nos moldes dessa linguagem se puder expressar. Em dado momento da história do pensamento ocidental, mais precisamente, no Círculo de Viena, um certo entendimento deixou marcas na tradição do pensamento europeu, seja no geral ou no jurídico, o de que o que não puder ser dito, não pode ser pensado. Não se pode esquecer ainda a virada linguístico pragmática, que produziu um impacto gravou na história do pensamento, também jurídico, a questão da linguagem como um tema que, profundo ou não, aceito ou não, se tornou impossível de ser ignorado.

A despeito de toda reincidência destas questões que explicam, no ordenamento jurídico, conter expressões ou princípios que denotam o acesso à justiça e a publicidade processual, o conteúdo e a linguagem utilizados ainda aparentam gerar um distanciamento da população e, sobretudo, da população mais carente? Renova-se, aqui, uma indagação realizada nos primeiros estudos sobre o tema que levaram a este texto: “mas, seria possível em um país tão marcado pelas desigualdades sociais, preconceitos e segregações superar tais barreiras e tornar a justiça de fato, acessível e inclusiva?” Diante da inquietação e pergunta fundamental, torna-se importante buscar orientações e formulações, derivadas da simetria conceitual e fática, mencionada linhas acima, no considerar de todas as diferenças no projeto de acesso, como também de inclusão e reeducação na sociedade onde grupos e segmentos, também são impactados por um distanciamento cada vez maior da pretendida justiça que não se faz em mesma medida para todos, não se tratando somente das variáveis econômicas, como também de culturais, etárias que, a cada dia afundam em maior escala, o abismo de separação entre os membros de uma mesma sociedade. Seria possível indagar a razão, ou o motivo de mencionar tais distinções se a reflexão aqui presente é referida à linguagem e, para

esclarecer, ainda que não totalmente, vale lembrar que, em linhas muito inaugurais, a linguagem trata de semânticas e discursos que, estão carregados de elementos culturais, mesmo quando elaborado em refinamento técnico quase inacessível. Neste entendimento, não estranho, apelativo e descontextualizado entender o motivo dos apontamentos e que palavras como homens, brancos, gênero... redefinem o cenário discursivo e a semântica dos corpos linguísticos envolvidos na trama jurídica, redirecionando, por exemplo, demandas de um determinado grupo social, seja pelo que possui de formação escolar, de formação histórica, de formação territorial, de formação econômica. O acesso à educação e à informação não elementos plenos, nem mesmo para o compartilhado esclarecido. Muito menos, o são aos que não dispõem do esclarecimento ou inclusão correlatos. Neste sentido, a expressão outro discurso, não só diz respeito aos conteúdos, mas também à sua construção.

2. A TUTELA JURISDICIONAL

Os termos constitucionais e processuais da tutela jurisdicional, que a esta reflexão fazem direta e primordial referência, compreendem, entre seus fundamentos, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, no conhecido Acesso à Justiça, em que a Tutela Jurisdicional do Estado perfaz, para além de qualquer ato administrativo ou de rito processual do Estado, uma atividade de composição equidistante dos que sob ela estão, e que requer a observância da transparência em todo arco de sua construção. Corresponde à apreciação de lesão ou ameaça a direito na redação legislativa, porém, vai além, por se tratar de um desafio jurídico brasileiro a uma fragilidade estrutural e histórica que o Direito possui na dinâmica do redesenho de uma sociedade que demanda uma redução de desigualdades. Não se trata de uma redução romantizada. Trata-se de um real desafio, no qual o Direito é tanto o resultado, como o meio para alcançá-lo.

Porém, esse caminho precisa ser trilhado em uma construção, cuja solidez, seja o conhecimento do processo, que envolve também o processo que se instaura pela tutela do Estado. Por este motivo, a mesma trilha é compartilhada pelas responsabilidades deste último na abrangência de suas atribuições e compromissos com a sociedade civil. Com efeito, nesta responsabilidade, está implícita a demanda da clareza e da transparência, para a publicidade, enquanto princípio e realidade fática da jurisdição. Como mencionado na introdução deste texto, não se propõe à diplomação jurídica, mas à uma educação jurídica em termos compatíveis com o Estado de Direito.

Para tanto, a tutela possui a responsabilidade de ser, de fato, a equidistante e igualmente reconhecida, em suas vias elementares, por razões de conhecimento. É um Estado de Direito e é também um Estado democrático. Assim, a tutela, carece de ser compreendida como elemento de composição, de construção, juntamente com sua referenciação em pressupostos e orientações coerentes pela dinâmica, mencionada acima. Neste composto, identificamos que mesmo princípios de ordem formal, partilham defesas comuns como, por exemplo, o Direito Natural, Princípios Gerais do Direito e Princípios do Direito Processual quando, e uma ilustração desta breve referência é a ampla defesa e o contraditório, que dentro de si, pressupõem também a isonomia. Mais do que o instituir juridicamente, é o equilibrar humanamente, isto é, compreender que, nas relações humanas há sempre dois lados e que esses dois lados precisam ser ouvidos, indagados, convidados a trazer seus apontamentos e provas e, por isso mesmo, reafirmar o Direito enquanto integrante da experiência humana no desenhar de suas relações. O pronunciamento de um juízo contém uma forma pública no interior do próprio julgar e na responsabilidade do seu proferir. É um juízo para a sociedade, para que ela também tome conhecimento, ou esteja ao seu alcance. Esse entendimento coloca essa tarefa e dinâmica não estão contidos e são o para além do interior de uma instituição jurisdicional. É o Processo, enquanto Direito Processual, compondo a construção da Democracia que será abordado quarto item deste texto.

3. LINGUAGEM E A LINGUAGEM JURÍDICA

A linguagem é experimentada e entendida de diferentes formas em uma sociedade, especialmente, uma sociedade plural como a brasileira. Não seria possível, neste breve texto ingressar nas concepções antropológicas, nos estudos etnográficos, de cultura, na filologia, na semiótica – que também é estimada nas pesquisas jurídicas –, ou ainda na reapresentação das propostas da virada linguístico-pragmática. Com efeito, é reconhecida a importância, mas não é propósito tornar determinante, cada um dos segmentos de estudo que se propõem a compreender o papel da linguagem na estruturação ou na segmentação da história e da vida humana, bem como das relações sociais. Contudo, se é possível afirmar algo com significativa relevância e recepção é de que a linguagem impacta a forma de argumentar e de compreender o argumento de uma fala.

A linguagem compreende um sistema que pode se autorreferenciar e, neste sentido, descrever-se como uma estrutura lógica sobre a qual

se constrói todo projeto humano. Seria como dizer que o que não pudesse ser expresso pela linguagem, não pudesse também ser concebido em pensamento, de que “o que não puder ser dito, não pode também ser pensado”, como foi problematizado no Círculo de Viena. Ao considerar tal realidade, neste espaço, o da linguagem, também se faz o desafio à clareza, à transparência, ao conhecimento, à democracia e, portanto, ao Direito – que da linguagem também faz instrumento para concretização ou se vale como ponto de partida –, na medida em que se trata de uma indagação contínua se o Direito também não seria produto da linguagem, que traria inquietações, muito mais formais do que de conteúdos, isto é, mais das formas como os assuntos são abordados, do que dos assuntos propriamente ditos. Considere o próprio silogismo com suas premissas, maior e menor, seguidos pela respectiva conclusão. O exemplo clássico é o de Sócrates e da mortalidade, em que a premissa maior é todo homem é mortal, a premissa menor é Sócrates é homem, e a conclusão é a de que Sócrates é mortal. Muito embora a conclusão seja lógica, para se chegar a ela, não é necessário conhecer Sócrates, nem mesmo ter um conceito de homem ou sequer saber o que é mortalidade. A linhas são autorreferentes. Por outro lado, na vida dos sujeitos dessa linguagem, há variáveis que os diversifica e, que embora semelhantes não são absolutamente iguais, daí, a isonomia material, também cara a esta reflexão e à linguagem

Uma pergunta muito comum e até certo ponto legítima para se avaliar ainda mais a questão, apresentada neste ambiente é: o que vem primeiro, o pensamento ou a linguagem? A primeira e mais pronta inclinação é dizer que seria o pensamento, mas, se diante da resposta, a pergunta seguinte fosse: “então, ninguém nunca falou sem pensar?”, seria também, ao menos inquietante e incompleto, admitir que, de fato, a linguagem, se mostraria como a estrutura lógica sobre a qual o pensamento se constrói e sem a qual ele não seria possível. Por outro lado, mesmo a linguagem, poderia ser também um produto do pensamento, uma vez que, o pensamento pode não precisar de um objeto pensado para poder pensar, não precisaria de um assunto para poder existir, uma vez que a criação, a imaginação, não careceria de referenciais estar presente na vida humana, embora se tornasse identificado quando no uso ou abordagem de um assunto, de um tema, fato, problema, provendo juízos e apreciações sobre ele.

Porquanto, como foi dito anteriormente, não é o propósito deste texto, tratar das perspectivas diversas, ou dos conceitos e segmentos de estudo da linguagem. A breve tratativa do parágrafo anterior, tem o teor, o condão e a responsabilidade de demonstrar que há um profundo e rele-

vante ponto de reflexão em todo arco de composição no uso da linguagem e na comunicação entre os sujeitos que é importante, ao menos ser considerado. E, neste desenho, se uma dificuldade se instaura mesmo para os mais versados em toda instrumentação da fala, muito mais difícil, desafiador e, em termos sociais, mais excludente para um sujeito concebido em, ou integrante de, um espaço social de hipossuficiência, e é válido observar o tutelado neste contexto, no qual a justiça seria mais do que a prestação.

Com efeito, naturalmente, que os sobreditos desafios se desdobram para a linguagem jurídica, por estar inevitavelmente neste circuito de indagações e incertezas de imprecisões conceituais, também jurídicas, porquanto, *o Direito é, por excelência, entre as que mais o sejam, a ciência da palavra* (XAVIER, 2003, p. 9). Enquanto ciência, se presume uma certa objetividade, por este expediente, identificar a linguagem como ferramenta que, em sendo para ou da comunicação, em primeiro plano, deve observar ser clara, em razão de sua responsabilidade, de modo a fazer que o receptor entenda por completo a mensagem emitida – para a justiça, esse cumprimento é absolutamente indispensável. *No campo jurídico, a linguagem assume importância crucial. Tanto sob a forma verbal como sob a forma escrita, é utilizada nos foros para a apresentação do pedido de tutela jurisdicional e de sua contraposição*, considerando-se nesta complexa composição da linguagem, a fala de uma testemunha, as provas documentais e textuais em geral, a própria manifestação do juízo, sejam em meros despachos, nas decisões, mesmo interlocutórias, e na prolação de sentença – uma vez que para ela tudo deve cooperar nos autos, no rito processual, na tutela jurisdicional e na atividade da justiça (ADORNO; SILVA, 2000, p. 73), sem prejuízo dos demais atos jurídicos correlatos, mas não integrados ao juízo. Não obstante, tal rigor ser indeclinável, também é importante compor nesta equação elementos subjetivos consagrados no tempo e na cultura, inclusive jurídica, de um determinado povo, na medida em que a linguagem também possa ser compreendida *é um sistema usado entre os membros de um grupo social e linguagem é uma habilidade a qual os seres humanos possuem de se comunicar* (MARTELOTTA, 2008, p. 15). Importante, também dizer que a referência à cultura, neste trecho mencionada é referia a construção histórica de um povo e não necessariamente o letramento nas artes e produções do espírito humano, em geral, o que, mais uma vez aponta para também ser compreendido nesta conta, o elemento humano. Importante, por este motivo, relembrar Dilthey, acerca da necessidade do retorno ao sentimento de vida (DILTHEY, 2010), para que, a responsabilidade de ser objetivo e

metodológico não produza a vedação do acesso ao ser humano em uma interioridade comum e construtora de seus denominadores comuns ou de particularidades partilhadas por um povo. Em tempo, lembrando Braz Teixeira, *é pelo espírito que o homem se torna capaz de se elevar ao conhecimento e à realização, de criar um mundo não unicamente produzido pela natureza* (TEIXEIRA, 2003, p113).

Um esclarecimento que não foi realizado no início desta exposição textual, mas que, em tempo, se apresenta nesta curta escrita, seria o de que não se fará investidas textuais no campo da hermenêutica, nesta breve abordagem. Ainda assim, Michele Taruffo (2012), sustenta a importância, de se considerar que as partes e o todo, traz que entre as palavras, frases, parágrafos – como partes de texto e linguagem – e o todo de um texto tem-se um tema clássico no arco dos estudos da hermenêutica, mantendo que a dialética contínua entre as partes e o texto inteiro e do texto inteiro às partes – círculo hermenêutico – é a dinâmica fundamental de toda a interpretação, como já esclarecera Schleiermacher e, após ele, em seu *Verdade e Método*, Gadamer (GADAMER, 1972, p. 296). Ou seja, não se trata, neste texto, de perder a relevância hermenêutica, mas não se pretende incursões neste segmento, porque se propõe ao aproximar mais primário e esclarecido da linguagem ao sujeito. Assim, todo espaço de discussão jurídica, admite, reconhecidamente, uma complexidade que está além dessa breve abordagem, compondo que sua construção argumentativa, postulatória, de decisão jurisdicional, são espaços de linguagem que contêm as preocupações e tensões além das acima apresentadas, mas, que ao mesmo tempo, não podem perder de vista o sobredito aproximar primário.

4. PROCESSO E DEMOCRACIA

A breve lembrança da cláusula 39 da Magna Carta parece ainda muito viva, por sua direta guarda que na constituição brasileira correlato quando que ninguém será privado de sua liberdade nem de seus bens sem o devido processo legal. Esse princípio processual compreende a reafirmação do Estado Democrático de Direito, no qual se discute em Direito, se um direito foi violado ou não e se diante da violação qual reparação caberia. Não é preciso um grande esforço para vislumbrar a interdependência, porque assim como a democracia precisa que o devido processo seja instaurado para evitar arbitrariedade, excesso ou abuso de poder; do mesmo modo o processo precisa da democracia para que os princípios

da igualdade e da liberdade sejam respeitados por uma consagração do próprio contrato social. Neste contrato os termos precisam ser claros e sopesados, a fim de manter a não onerosidade, o sinalagmatismo, a simetria processual e, assim, reafirmam-se reciprocamente na medida em que cada um na sua dinâmica desempenha seu papel em uma sociedade civil que vive em um Estado Democrático de Direito. Neste sentido, a importância da relação entre os termos em deste item é transposta nas próprias condições de possibilidade da tutela jurisdicional seja, para o próprio judiciário, como para o jurisdicionado.

A preocupação do constituinte originário e do legislador ordinário, traz consigo a atenção requerida ao ponto de convergência que será objeto do próximo item sobre a isonomia material diante da objetividade processual. Com efeito, seja porque o processo precisa ser claro, seja porque há previsão do representante, procurador, ou daquele que postula em juízo, atuar de forma dativa, ou pela própria defensoria pública, reafirma-se também que essa relação entre democracia e processo demandam atenção com o diálogo instituído com o jurisdicionado, cuja expectativa de tutela é de compreensão, não do rito em sua complexidade maior, mas do arco da justiça, do funcionamento e das informações. Novamente, deve ser dito que não se trata da diplomação jurídica dos sujeitos envolvidos que não sejam os técnicos, mas da otimização que produz um diálogo onde os envolvidos compreendem o atuar da justiça, o dizer o direito. O proveito seria para todos e os autos e as decisões com mais elementos coligidos, por ser de igual modo, mais bem instruído, todo rito até sua culminância decisória. O que se espera, nessa dinâmica é a reafirmação da transparência, o acesso....

5. CONCLUSÃO

A história e realidade brasileira padecem de uma recorrente dificuldade com a educação. Os programas permanecem. Há ensino público e, não tão raramente como se presume, consegue trazer resultados. Mas o impacto da ausência de conhecimento ainda é um desafio desde o princípio da própria história do Brasil. Desde seu surgimento, a contação, a narrativa, a comunicação, as informações foram atravessadas, inclusive, pelos entraves de fusões de línguas ou de resistência com sobreposição de uma sobre a outra. Essa dinâmica se projeta na própria atuação do poder público que se converte em uma forma de desigualdade e difusa, indefinida, ou, pior, de uma indetectável ausência de informação. Precisamente,

por essa realidade de escassez, é sempre um dever e uma exigência reavaliar conceitos como acesso à justiça e publicidade do processo, ao passo que o necessário compromisso de conhecimento mais claro e objetivo da dinâmica da prestação jurisdicional para o cidadão, de certa forma, não se apresenta como uma constante da democracia brasileira.

Caso o acesso à justiça seja compreendido, em tese, como o primeiro dos princípios constitucionais que, neste sentido, se confunde como efetividade da jurisdição. Isso porque, no âmbito processual, o acesso à justiça e a efetividade estão atrelados, inevitavelmente, ao próprio processo, não levando tanto em consideração se o conteúdo publicizado está sendo compreendido. O que, de certa maneira, apenas coloca em evidência a reprodução do nosso sistema de resolução de conflitos, que mescla o sistema de Civil Law, para o qual certo distanciamento e o rebuscamento, são necessários e o sistema de Common Law, que por ser dogmático no sentido de derivar do dogma nos costumes, e não sendo produzido pela prestação jurisdicional, estaria, como o anterior, igualmente inacessível à compreensão. Ambos, são de uma construção sofisticada. Um deles por uma abstração conceitual e o outro por dispor de vocabulário e construção mais elaborados, produto de segmentos mais técnicos. Importa dizer, que o aprofundamento não requer obscuridade e dificuldade para ser entendido. É possível ser profundo e ser claro, embora possa levar mais tempo, por requerer mais detimento dos sujeitos envolvidos no diálogo, mas o que se dá em um primeiro momento de exposição. Na medida em que se estabelecer esse diálogo, a profundidade começa a ter um espaço mais familiar de linguagem.

Nesse sentido, como tentativa de abrandar esse anseio pela informação, para que ela possa ser de fato compreendida, a mídia tenta traduzir tais acontecimentos do mundo jurídico, proporcionando espaço para que técnicos do direito possam explicar determinadas questões, de forma que a população sem o conhecimento do direito, consiga compreender e até mesmo formar opiniões. O afastamento da sociedade brasileira e do cidadão dos poderes públicos, como já mencionado acima, é histórico, ao passo que realça a precária formação do Brasil como Estado Republicano, além de sua confusa identidade no que seria a concepção de Estado no país. Entretanto, por ser uma questão da formação, formação também cultural brasileira que foi brevemente sinalizada nos termos das abordagens anteriores, impacta também, no aspecto de formação da cidadania, com a incompreensão dos segmentos públicos, e assim persiste, posto que não há movimento prático mais efetivo, embora existente, mas muito

modesto, nem tampouco políticas públicas continuadas, no sentido de instruir a sociedade. Sendo assim, a ideologia de cooperação é desviada, de modo que, se constituem num olhar assistencialista, ou em uma proposta combativa, mas nunca equilibrada, com projetos e planejamentos assertivos, planos de ação e cronogramas, para construir uma aproximação tão importante, mesmo que a longo prazo, porque o resultado são membros de uma sociedade civil cada vez mais conhecedores das responsabilidades e finalidades de cada um dos entes participantes do mesmo espaço público por ele frequentado.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO JÚNIOR, H. L.; SILVA, J. L. P. *A linguagem jurídica como instrumento de efetivação da justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

DILTHEY, Wilhelm. *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. Trad. Marco Casanova. São Paulo: Editora Unesp, 2010.

GADAMER, Hsn-Gerog. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: Mohr Paul Siebeck, 1972.

MARTELOTTA, Mario Eduardo. *Manual de linguística*. São Paulo: Contexto, 2008.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012.

TEIXEIRA, António Braz. *TO sentido e o valor do Direito*. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda (INCM), 2003.

XAVIER, R. C. *Português no direito: linguagem forense*. 15. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

O DILEMA DA COMPETÊNCIA DE FORO

BOQUIMPANI DE CASTRO, Sarah¹

LOPES HOMENA, Bruno²

BRAGA JÚNIOR, Getúlio Nascimento³

- 1 Graduanda em Direito na Faculdade IBMEC (Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais). 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. Estagia atualmente na área de Direito Contencioso Cível, no escritório Lima & Feigelson Advogados. Aluna Integrante do DGP/CNPq (IBMEC) Sociedade Civil e Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento. E- mail: sarahboquimpani@hotmail.com.
- 2 Graduando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC). Conclusão do ensino fundamental e ensino médio no Colégio Cruzeiro. Detém o nível avançado do Inglês. Possui o certificado de alemão avançado - Diploma DSD "Deutsches Sprachdiplom" no nível A2/B1. Participou de uma das edições do projeto social TETO. Abrange experiência de estudos como intercambista em Munique (ALE) e Salisbury (GB). Atualmente estagia na área de Direito Contencioso Cível, no escritório Lima & Feigelson Advogados. Aluno integrante do DGP/CNPq (IBMEC) Sociedade Civil e Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento. E-mail: homenabruno@gmail.com.
- 3 Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Graduado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Graduado em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF). Professor nas áreas de Filosofia e Direito e pesquisador com Diretório de Grupo no CNPq. Desenvolve o maior arco de pesquisa a partir da orientação fenomenológica. Os principais temas de estudo e trabalho envolvem a Filosofia do Direito e Teoria do Direito; a Filosofia Contemporânea; Fenomenologia; Ética e Teoria dos Valores; Filosofia Política; Teorias da Justiça; História da Filosofia; Filosofia Prática; Ciência Política; Teoria do Estado e Direito Constitucional. E-mail: ge.bragajunior@gmail.com.

RESUMO

Esse artigo está atrelado a um projeto de pesquisa científica, que busca refletir sobre a cláusula de eleição de foro em contratos de adesão e discutir sobre as suas consequências no Processo Civil Brasileiro. O documento irá trazer diversas oposições no âmbito das relações consumeristas e interpretações sobre a abusividade e nulidade da cláusula. O objetivo principal é levantar argumentos sobre pontos que favorecem e desfavorecem o consumidor, ante o acesso à justiça, na presença de um contrato de adesão. Através da análise dos códigos, decisões e acórdãos, também serão abordados aspectos relacionados à competência do foro e à competência territorial. Com isso, o artigo almeja retratar os impactos dos contratos de adesão e seus efeitos em direitos adquiridos pelo consumidor, entendendo que não há a proteção adequada à parte hipossuficiente em uma relação de consumo. Isto posto, a conclusão reflete a importância de preservar o equilíbrio contratual e buscar diminuir a onerosidade excessiva ao consumidor, sendo importante a decretação de nulidade da cláusula de eleição de foro pelo magistrado, quando constatada a dificuldade de acesso à justiça.

Palavras-chave: Incompetência; Acesso; Justiça; Cláusula; Consumidor.

1. INTRODUÇÃO

No século XXI, cada vez mais está presente a utilização de contratos de adesão, decorrentes de uma sociedade massificada e consumista, que busca agilizar as negociações em principais serviços e produtos, como cartões de crédito, consórcios e planos de saúde. Em contrapartida, ao longo dos anos, foram sendo adquiridos e consolidados os direitos em uma relação de consumo, levando em conta a vulnerabilidade do consumidor e o equilíbrio contratual entre as partes, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Conforme estabelece Grinover et al. (2011), o CDC foi a primeira lei brasileira que regulamentou o contrato de adesão, definindo-o, fornecendo seu regime jurídico e o método para sua interpretação. Seu conceito está expresso no art. 54 do referido código que assim dispõe: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”. Em complementação, Grinover et al. (2011) afirma que tal contrato não é categoria contratual autônoma nem tipo contratual, figurando-se tão somente como técnica de formação do contrato, podendo ser aplicada a qualquer categoria de contrato, sempre que se busque celeridade na sua conclusão.

Diante disto, há um embate entre contratos padronizados, que dispensam a negociação prévia, e a proteção do consumidor. Especificamente, de acordo com o jurista José Geraldo Brito Filomeno (1991., p. 27.), uma relação de consumo envolve duas partes que são o adquirente do produto ou serviço e o fornecedor ou vendedor de um serviço ou produto. Neste contexto, o consumidor visa satisfazer uma necessidade privada e se submete ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços.

Com base no art. 2º, caput, do CDC, o consumidor é a parte vulnerável da relação, na medida em que é o destinatário final do produto ou serviço. Ademais, podem, também, ser consumidores: “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (parágrafo único do art. 2º, do CDC); “as vítimas do evento” de que cuida o artigo 17, do CDC; além de “todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas abusivas” (art. 29, CDC).

Isto posto, a defesa do consumidor não é feita puramente em relação a um indivíduo, como também em caráter coletivo quando a lesão ou atividade potencialmente lesiva do fornecedor colocar em risco um número indeterminado de consumidores. Assim, equiparam-se a consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às chamadas práticas abusivas dos fornecedores (art. 29, CDC).

Já o fornecedor, de acordo com o artigo 3º do CDC, seria aquela pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desempenham atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Vale mencionar que o fornecedor não precisa necessariamente auferir lucro de sua atividade, mas apenas receber uma remuneração direta ou indireta pelo produto ou serviço colocado em circulação.

Dessa forma, há uma série de princípios que buscam resguardar o consumidor, como o princípio da boa-fé objetiva, transparência, confiança, segurança, equidade e função social do contrato. Eles devem ser respeitados e zelados, a fim de manter os equilíbrios de condições na realização dos negócios jurídicos que visem o consumo de produtos ou prestação de serviços, dando ao fornecedor e ao consumidor regras implícitas as quais devem ser seguidas.

Buscando a segurança, o CDC fez questão em regular explicitamente a abusividade, listando procedimentos considerados abusivos e estabelecendo a cláusula geral da lesão enorme e a cláusula geral da boa-fé. A cláusula geral da lesão enorme é citada no art. 39, V, do CDC, impedindo que o fornecedor obtenha vantagem manifestamente excessiva, bem como no art. 51, IV, do CDC, definindo as cláusulas abusivas como aquelas que colocam o consumidor em desvantagem exagerada. Além disso, é possível mencionar que o art. 51, §1º, do CDC, elencou em seus incisos quais seriam as vantagens consideradas manifestamente excessivas.

Sobre a cláusula geral da boa-fé, esta é um princípio do direito segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade, com base no art. 4º, III, do CDC. Por meio deste princípio, busca-se a proteção da confiança, sendo requerido que as partes advenham de acordo com os padrões usuais, representando, por um lado o dever de lealdade, e por outro, a corretiva proteção da expectativa gerada ao consumidor. Além disso, é possível observar que diversos deveres secundários de proteção nascem da regra da boa-fé e muitos de-

les estão codificados nos códigos brasileiros. Desta forma, a boa-fé possui natureza supletiva e função instrumental, reduzindo a margem de autonomia privada e concretizando os objetivos visados pelos contratantes.

Em relação ao art. 51, do CDC, são elencadas diversas cláusulas contratuais que, por serem abusivas, são nulas de pleno direito, mas acabam sendo redigidas em contratos de adesão. Neste caso, a nulidade deve ser decretada *ex officio* pelo magistrado, em ação judicial e seu efeito é *ex tunc*, retroagindo até o momento da celebração do negócio jurídico.

Um dos pontos de conflito nos contratos de adesão seria o aceite, em bloco, de todas as condições pré-estabelecidas pelo fornecedor, não havendo a possibilidade do consumidor de modificar as cláusulas centrais do documento, a não ser através da tutela jurisdicional. Verifica-se que o consumidor se encontra obrigado a aceitar por completo o referido contrato, e se encontra nesta situação para utilizar um determinado serviço. De fato, há uma livre espontânea vontade em pactuar com uma determinada empresa e o indivíduo possui a liberdade de procurar outra que melhor lhe atenda às suas necessidades, caso não esteja disposto a se submeter aos termos e condições específicos de um serviço ou produto.

Importante frisar que, segundo Nelson Nery Júnior, entende-se que a proteção do negócio jurídico contra as cláusulas abusivas não depende de contrato de adesão, mas de uma relação jurídica de consumo (2019, p. 453). Assim, o consumidor é a parte fraca da relação, sendo resguardado, através do equilíbrio ou minimização das diferenças.

A fins de exemplificação, a cláusula de eleição de foro é considerada como uma cláusula abusiva, na medida em que restringe uma comarca específica para cuidar do litígio oriundo do contrato. Notadamente, uma ação judicial promovida pelo consumidor acaba estando atrelada ao foro do fornecedor, impedido que o indivíduo tenha o amplo acesso à justiça, ante a dificuldade de promover a ação em seu domicílio. Para tanto, quando o consumidor propõe uma ação no foro perto de sua residência, geralmente o fornecedor dispõe da alegação de incompetência do foro, buscando o seu favorecimento.

De fato, a cláusula de eleição de foro gera uma inacessibilidade ao judiciário e uma violação do art. 51, IV do CDC, pela vantagem exagerada. Ainda, a portaria de nº 4, de 13 de março de 1998, no seu item 8 analisa que é nula a cláusula que elege foro para dirimir conflitos decorrentes de relações de consumo, diverso daquele onde reside o consumidor.

2. METODOLOGIA

Esta pesquisa baseia-se em análise de jurisprudências, doutrinas, Códigos e citações de outros artigos. Durante a sua elaboração, foi buscado prover os pontos de vistas acerca do tema citado, demonstrando a tendência jurisprudencial a ser acatada e desenvolvida por juristas e interessados.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Ao longo do tempo, pela preponderância dos contratos de adesão na vida diária da sociedade, as estratégias efetuadas pelos fornecedores de bens e serviços foram se transformando e os problemas enfrentados pelo consumidor estão se tornando cada vez mais complexos, demandando mudanças principiológicas, doutrinárias, regulatórias e jurisprudenciais. Infelizmente, houve uma alteração no comportamento de proteção ao consumidor, através de uma mudança de entendimento por parte do STJ, a tratar sobre a abusividade da cláusula de eleição de foro. Isto é, antigamente, esta matéria era presumida, mas agora passou a demandar provas para a decretação da abusividade da cláusula supracitada, como a comprovação de hipossuficiência do consumidor.

Diante dessas circunstâncias, vale salientar que o contrato estabelecido entre o consumidor e o fornecedor, vislumbra um acordo pessoal entre duas partes, que negociam e ajustam seu objeto através do pleno exercício de sua liberdade de contratar. Com o crescimento exponencial do novo contexto consumerista, as particularidades essenciais do contrato são notadamente modificadas, ocorrendo uma despersonalização do contrato, devido à distância relacional entre quem contrata e quem presta o fornecimento do bem ou serviço. Segundo o jurista Nunes (2018), observa-se que em tal relação não há que se falar na incidência do princípio da *pacta sunt servanda*, pois pressupõe a autonomia da vontade das partes no ato de contratar e discutir o conteúdo das cláusulas contratuais, o que inexistente em contratos dessa natureza.

De acordo com o art. 54 do CDC, um contrato de adesão seria aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. Em outras palavras, não há negociação nos termos do contrato e o consumidor, o qual é a parte vulnerável do negócio, somente pode aceitar ou rejeitar o contrato.

Os contratos de adesão, como salienta Nunes (2018, p. 460), apresentam esse nome, em virtude do fato de suas cláusulas serem estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, cabendo à outra parte, no caso o consumidor, concordar e aderir a seus termos. Ainda segundo o autor, tais contratos acompanham a produção, pois ambos, produção e contrato, são decididos unilateralmente e colocados à disposição do consumidor, que caso queira ou precise do produto ou do serviço, deverá aderir às disposições pré-estipuladas⁴.

Neste liame, qualquer cláusula que implicar na limitação de um direito e estiver redigida em destaque não poderá ser alvo de reclamação posterior (art. 54, §4º, CDC). Nota-se que as legislações consumeristas buscam impedir que o contrato de adesão seja instrumento de imposição de cláusulas abusivas e iníquas, tendo em vista que é contra estas e não contra o instrumento em si que se voltam as leis protetivas da parte vulnerável de tais negócios. Diante disto, torna-se extremamente importante para o consumidor ter ciência do conteúdo do contrato, antes mesmo de aderi-lo e, inclusive, diante de tanta repercussão atual. Para realizar cadastros em sites de compras online (*marketplaces*) ou até em qualquer *website*, é necessário concordar com as cláusulas a fim de usufruir dos serviços. Caso contrário, o usuário se encontra restrito no âmbito cibernético.

Todavia, o contrato de adesão pode conter cláusulas que são abusivas e correm o risco de serem consideradas nulas. São presumidas abusivas certas disposições contratuais, que decorram da posição dominante e unilateral do fornecedor em relação ao consumidor, que poderiam colocar o consumidor em um plano de inferioridade contratual, prejudicando ou inviabilizando o exercício pleno de seus direitos. De acordo com Marques (2011), a abusividade nos contratos de massa figura-se como potencial, atual ou abstrata, uma vez que afronta direitos essenciais a esse modelo de contrato, estabelecendo excessivas ou surpreendentes obrigações, o que leva à lesão do contratante.

Pode-se perceber que o art. 51 do CDC lista algumas cláusulas contratuais, relacionadas ao fornecimento de produtos e serviços, que seriam nulas de pleno direito, como por exemplo a transferência de responsabilidade a terceiros ou a vontade que se mostra excessivamente onerosa

4 O crescimento da sociedade de consumo, com sua produção em série, estandardizada, homogeneizada, a contratação de operários em massa, especializadíssimos, o implemento da robótica, informática etc., exigiu a utilização dos contratos-formulário, impressos com cláusulas prefixadas para regular a distribuição e venda dos produtos e serviços de massa. (NUNES, 2018, p. 460)

para o consumidor. Ademais, o parágrafo quarto do art. 51, do CDC, indica que o consumidor possui a faculdade de requerer ao Ministério Público ou entidade voltada à defesa do consumidor o ajuizamento da ação para ser declarada a nulidade da cláusula.

Conforme preceitua o professor e jurista Theodoro Júnior (2017), a fim de se aferir a abusividade ou não da cláusula, não há que se questionar se houve a intenção maliciosa do fornecedor. Tal perspectiva é adotada tanto no direito comparado quanto no CDC, onde é conectada a abusividade das cláusulas a um paradigma objetivo, em especial ao princípio da boa-fé objetiva. Por meio deste, observa-se de forma mais enfática seus efeitos e resultados, não reprimendo a atuação sob o fundamento de subjetividade maliciosa.

Vale mencionar que a competência territorial assume a natureza relativa, de forma que pode ser modificada ou prorrogada, de acordo com o valor e território, conforme os artigos 62 e 63 do CPC. Ela pode ser alterada pelas partes, em foro de eleição, por conexão e até continência. Ao contrário da competência absoluta, há a preservação dos interesses privados. Para tanto, ela deve ser analisada de acordo com cada caso para verificar a sua aplicabilidade.

Segundo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, um exemplo de cláusula derivada dos contratos de adesão que pode ser considerada nula é a cláusula de eleição de foro, na medida que pode causar prejuízo à defesa do consumidor. No caso em questão, os desembargadores entenderam que a cláusula de eleição de foro deve ser afastada para facilitar a defesa do consumidor, ainda que decorrente de contrato de adesão. Assim, por se tratar de questão de ordem pública, quando o consumidor for réu e a ação tiver sido proposta no foro de eleição, a nulidade da cláusula poderá ser declarada de ofício pelo juiz⁵.

Não só isto, mas a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a cláusula de eleição de foro pode ser considerada nula até em contrato de adesão de compra e venda de imóvel, desde que seja comprovada a hipossuficiência de uma das partes. De acordo com a ministra Nancy Andrighi, a situação de hipossuficiência não precisou ser provada com dados concretos que revelem prejuízo processual para alguma das

5 Acórdão 777868, 20140020015656AGI, Relator: OTÁVIO AUGUSTO, 3ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 2/4/2014, publicado no DJE: 11/4/2014. Pág.: 244

partes, mas apenas bastava a condição de consumidora para determinar sua hipossuficiência e afastar a aplicação da cláusula de eleição de foro⁶.

É importante pontuar, ainda, que, quando existir uma lei que estabeleça foro especial, este prevalecerá sobre o foro comum. Dentre uma diversidade de foros especiais, pode-se perceber que um dos primeiros critérios tradicionalmente acatado é o do domicílio do demandado, que é previsto no art. 46 do CPC. Citam ainda o lugar em que se situa o imóvel em disputas fundadas em direito real, conforme dispõe o art. 47 do CPC, ou mesmo o foro de residência do idoso, em causas que versem sobre direitos tal como previsto no Estatuto do Idoso, conforme o art. 53, inciso III, alínea “e”.

Nesse contexto, é imprescindível ressaltar que o acesso à justiça é um dos direitos básicos do consumidor. De acordo com o art. 6º, VII do CDC e com o artigo 1º do CDC, as normas expressas nesse diploma são de ordem pública e de interesse social. Frisa-se que as cláusulas contratuais que elegem foro competente para decidir sobre litígios decorrentes da relação de consumo em local diverso ao domicílio do consumidor, de modo a impedir ou dificultar o exercício deste direito subjetivo, são abusivas e nulas de pleno direito.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, o legislador, por meio do art. 63, §3º, ampliou o entendimento de que a nulidade de cláusula de eleição de foro em contratos de adesão pode ser declarada de ofício pelo juiz, o qual poderá declinar sua competência para o juízo de domicílio do réu. Nesse viés, nota-se que, existindo a abusividade na eleição do foro, o juiz poderá declará-la ineficaz, promovendo a remessa do processo ao foro de domicílio do réu. Em regra, não havendo ingresso de exceção de incompetência, prorroga-se a competência do juízo e, deste modo, o que vem previsto nos §§ 3º e 4º do art. 63 do CPC é tão somente uma exceção à regra (TARTUCE; NEVES, 2018).

Entretanto, vale salientar que a cláusula de eleição de foro é válida e está prevista por força da Súmula 335 do STF e do art. 63 do CPC de 2015. Ademais, observa-se que o §3º do art. 63 entra em conflito com a Súmula 33 do STJ. Segundo essa súmula, a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício. Tal Súmula valoriza o interesse das partes, pois no caso concreto, à conveniência dos litigantes, poderia a parte renunciar à proteção legal. Por outro lado, a Súmula 33 do STJ passou a ser

6 Recurso Especial nº 1.675.012 - SP (2017/0076861-1), Relatora: NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 8/8/2017, publicado no DJE:14/08/2017.

flexibilizada pelos tribunais, sob o amparo doutrinário, que entendia que no trato de normas de competência que têm como fundamento razões de ordem pública, seria natural que o juiz pudesse conhecê-las de ofício, declarando-se absolutamente incompetente mesmo sem a manifestação da parte interessada.

Em concordância com o entendimento das cláusulas abusivas, o Tribunal de Justiça de São Paulo já vem reconhecendo que, em caso de abusividade da cláusula, diante da dificuldade ao acesso ao poder judiciário do consumidor, torna-se nula a cláusula contratual de eleição de foro. Para tanto, foi observado que a cláusula inviabiliza ou dificulta a defesa da parte hipossuficiente e declarou a competência absoluta do Juízo do domicílio do consumidor. Neste caso, a competência territorial pode ser derogada pela vontade das partes, ainda que expressada em contrato de adesão, conforme o art. 114, do CPC, e assumindo a natura relativa.

Nesse cenário, pode-se notar que, segundo a Ministra Nancy Andrighi, no REsp 58138/SP, 4ª Turma, DJ de 22/05/1995, é imprescindível a demonstração em concreto da violação das garantias constitucionais de isonomia de acesso à ordem jurídica justa. A cláusula de eleição de foro em contrato de adesão só será invalidada quando demonstrada a hipossuficiência ou a dificuldade de acesso da parte ao Poder Judiciário. Sendo também de orientação da Corte que o porte econômico das partes e o valor da avença firmada são determinantes para a caracterização, ou seja, quando o porte econômico da parte refletir inexistência de hipossuficiência deverá ser mantida a cláusula de eleição de foro.

4. CONCLUSÕES

Por todo o exposto, e em alusão à problematização e aos parâmetros levantados no início do presente artigo, pode-se notar que a importância do consumidor perante o poder judiciário apresenta um crescimento exponencial com o passar dos anos. Nesse viés, destaca-se que a cláusula de eleição de foro é um meio utilizado pelos fornecedores para obstaculizar o acesso à justiça, sendo considerada com abusiva e nula.

Diante desse fato, o sistema protecionista do CDC resultou em uma nova perspectiva na questão processual no que diz respeito ao foro para ajuizamento das demandas, o que exige uma adequada interpretação sob pena de, por um lado, se resguardar plenamente o direito material do consumidor, e de outro perdê-lo por se admitir que o fornecedor decida livremente onde propor as ações, dificultando sobremaneira a defesa do

consumidor. O processo não pode ser um bloqueio ao pleno exercício dos direitos do consumidor, seja na propositura da ação, seja quando este tem que se defender em juízo.

Nesse viés, caso o consumidor seja impossibilitado de ter o seu amplo acesso à justiça, os princípios do devido processo legal (art. 5º, LV, CFRB), e da isonomia (art. 5º, caput e I, CFRB) estariam frontalmente violados, e por consequência, o princípio da vulnerabilidade (art. 4º, I, CDC) e o direito básico ao acesso aos órgãos judiciários (art. 6º, VII, CDC) também seriam desrespeitados.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCO, Ana Lúcia. *Breves anotações sobre a cláusula de foro de eleição em contratos de adesão*. Repositório, 2007. Disponível em: <<https://repositorio.pgsskroton.com/bitstream/123456789/1294/1/Artigo%2013.pdf>>. Acesso em 21 dez 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Súmula 335-STF. *Buscador Dizer o Direito, Manaus*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/6693a7aacb8a2e74c6f5fe91bc39864b>>. Acesso em: 29/12/2021

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 27.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. 2 ed. São Paulo: Imprensa. 2019.

Informativo de Jurisprudência de 2019 organizado por ramos do Direito. 10ª Edição. Informativos n. 639 a 661. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ramosdedireito/informativo_ramos_2019.pdf>. Acesso em 20 dez 2021.

JULIÊ LIRIA FERNANDES TEIXEIRA ALVESLAUREN JULIÊ LIRIA FERNANDES TEIXEIRA ALVES, Lauren. *Eleição de foro por meio de cláusula contratual*. Jus, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69345/eleicao-de-foro-por-meio-de-clausula-contratual>>. Acesso em 26 dez 2021.

LAGES, L. C. *A nulidade de cláusula de eleição de foro e de cláusula arbitral em contratos de franquia: o princípio da proteção ao contratante dependente em colisão com o princípio da vinculação aos contratos*. *Civilistica.com*, v. 7, n. 3, p.

1-24, 16 dez. 2018. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.089.993. Relator: Massami Uyeda. São Paulo, Terceira Turma. DJe 8 de março de 2010.

STJ reconhece validade de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão. Conjur, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-05/stj-valida-clausula-eleicao-foro-contrato-adesao>>. Acesso em 19 dez 2021.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: Direito material e processual*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 9. ed. ref. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017

WALD, Arnold. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. v. 2. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



DIALÉTICA
EDITORA

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)